

Außenbeziehungen von EU und Mitgliedstaaten: Kompetenzverteilung, Zusammenwirken und wechselseitige Pflichten am Beispiel des Datenschutzes

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Außenbeziehungen von EU und Mitgliedstaaten – Kompetenzverteilung, Zusammenwirken und wechselseitige Pflichten am Beispiel des Datenschutzes, ZaöRV 2014, 465-503. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Überblick

- I. Einleitung
- II. Datenschutzrecht im Europarat und in der EU: status quo und Perspektiven
 - 1. Europarat
 - 2. Europäische Union
 - a) Primärrecht
 - b) Sekundärrecht
 - 3. Fazit
- III. Zu den Kompetenzen der EU und ihrer Mitgliedstaaten zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen im Bereich des Datenschutzes
 - 1. Grundsätze
 - 2. Anwendung auf das Verhältnis der Vertragsschlusskompetenzen der EU und ihrer Mitgliedstaaten in Bezug auf die Datenschutzkonvention
- IV. Zu den Implikationen der Beteiligung der EU an der Datenschutzkonvention
 - 1. Zu den Rechtswirkungen der DSK im Falle eines Beitritts der EU
 - a) Die DSK als „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts
 - aa) Allgemeines
 - bb) Insbesondere: zu den gemischten Abkommen
 - cc) Implikationen für die Datenschutzkonvention
 - b) Zur Durchführung der DSK
 - 2. Zur Rolle der EU und ihrer Mitgliedstaaten im *Comité conventionnel*
 - 3. Zu den aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Verfahrenspflichten
- V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Datenschutzrechtliche Fragestellungen spielen auf fast allen Ebenen öffentlichen und privaten Handelns in irgendeiner Form eine Rolle. Insofern ist es wenig überraschend, dass sich nicht nur das nationale, sondern auch das internationale und europäische Recht seit geraumer Zeit mit Datenschutz befasst und hier diverse Instrumente entstanden sind.¹ Diese mittlerweile zu

¹ Vgl. für einen Überblick über die diesbezüglichen Aktivitäten auf europäischer und internationaler Ebene schon *Astrid Epiney/Bernhard Hofstötter/Annekathrin Meier/Sarah Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen. Zur rechtlichen Tragweite der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben und ihren Implikationen für die Schweiz, 2007, insbes. 33 ff., 82

beobachtende Vielzahl von Akteuren und Instrumenten wirft jedoch Fragen bezüglich der jeweiligen Kompetenzen, des Verhältnisses der verschiedenen Rechtsakte sowie der Koordination und Kooperation der Akteure auf, wobei noch hinzukommt, dass – soweit es um international- und europarechtliche Instrumente geht – die teilnehmenden bzw. gebundenen Staaten nicht immer deckungsgleich sind, ist der Mitgliederkreis des Europarates doch weiter gezogen als derjenige der Europäischen Union.

Die Zielsetzung des vorliegenden Beitrags besteht vor diesem Hintergrund darin, die rechtlichen Rahmenbedingungen, die für das „Zusammenspiel“ der verschiedenen Regelungsebenen und Akteure gelten, zu eruieren, wobei der Akzent auf der Reichweite und den Wirkungen der Außenkompetenzen der EU, dem Verhältnis völkerrechtlicher Abkommen der EU und / oder ihrer Mitgliedstaaten zum EU-Recht sowie den wechselseitigen Pflichten der Akteure liegt. Im Einzelnen sollen auf der Grundlage einer vergleichenden Skizzierung der bestehenden und geplanten datenschutzrechtlichen Instrumente in der EU einerseits und im Rahmen des Europarates andererseits (II.) die Kompetenzverteilung EU – Mitgliedstaaten im Bereich des Datenschutzes (III.) und die Implikationen einer Beteiligung der EU als Vertragspartei an der DSK (IV.) beleuchtet werden. Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Schlussbemerkung (V.).

Entsprechend der Anlage des Beitrags geht es dabei vorliegend nicht in erster Linie um materiell-rechtliche Fragen des Datenschutzrechts, sondern um die Implikationen der allgemeinen Grundsätze der Rechts der Außenbeziehungen der EU im Bereich des Datenschutzrechts, dies in erster Linie vor dem Hintergrund der parallel erfolgenden Aktivitäten der Europäischen Union einerseits und des Europarates andererseits in diesem Gebiet.

II. Datenschutzrecht im Europarat und in der EU: *status quo* und Perspektiven

1. Europarat

Im Rahmen des Europarates ist in erster Linie – neben der EMRK, wobei Art. 8 EMRK eine besondere Rolle spielt – die sog. Europäische Datenschutzrechtskonvention (DSK)² von Bedeutung. Die Konvention formuliert einen von allen Vertragsstaaten zu beachtenden Mindeststandard im Bereich des Datenschutzes. Sie besteht aus sieben Kapiteln, wobei die Kapitel II (Grundprinzipien), III (grenzüberschreitender Datenverkehr) und IV (gegenseitige Unterstützung) von besonderer Bedeutung sind. Im Jahr 2001 wurde die Konvention durch

ff.; s. sodann Astrid Epiney/Yvonne Schleiss, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht, 2011, §§ 3, 4.

² Konvention Nr. 108 zum Schutz des Einzelnen im Hinblick auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/108.htm>. Eine deutsche Übersetzung ist abgedruckt in EuGRZ 1981, 378. In der Schweiz ist der Text in SR 0.235.1 in einer deutschen Übersetzung veröffentlicht.

ein Zusatzprotokoll³ ergänzt, das in erster Linie eine Verpflichtung zur Einrichtung unabhängiger nationaler Kontrollstellen sowie gewisse Vorgaben in Bezug auf die grenzüberschreitende Datenübermittlung in Drittstaaten enthält.

Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf den Inhalt der Konvention im Einzelnen einzugehen.

Daher soll hier ein kurzer Abriss über die Vorgaben der Konvention genügen:⁴

- Der Anwendungsbereich der Konvention erstreckt sich auf den öffentlichen und den privaten Sektor (Art. 3 Abs. 1 DSK), erfasst (nur) personenbezogene Daten (vgl. die Definition in Art. 2 lit. a DSK) und bezieht sich nur auf die automatische Datenverarbeitung (Art. 1 DSK). Die Vertragsparteien können aber den Anwendungsbereich der Konvention durch eine entsprechende Erklärung sowohl einschränken als auch ausdehnen (Art. 3 Abs. 2 DSK).
- Kapitel II der Konvention verankert die datenschutzrechtlichen Grundprinzipien, die als Mindeststandards bei jeder Datenbearbeitung zu beachten sind. Im Einzelnen geht es hier um die „Datenqualität“ (Art. 5 DSK, wobei die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, von Treu und Glauben, der Zweckbindung, der Verhältnismäßigkeit sowie der Richtigkeit unterschieden werden können), um besondere Vorgaben für besonders sensible Daten (Art. 6 DSK), um die Datensicherheit (Art. 7 DSK) sowie um Rechte der Betroffenen, Sanktionen und Rechtsschutz (Art. 8, 10 DSK). Art. 9 DSK erlaubt es den Vertragsstaaten jedoch, unter bestimmten Voraussetzungen von den Vorgaben der Art. 5, 6, 8 DSK abzuweichen, wobei diese Abweichungsmöglichkeiten recht weitgehen.
- Art. 12 DSK ist dem grenzüberschreitenden Datenverkehr zwischen den Vertragsstaaten gewidmet, wobei – abgesehen von eng umschriebenen Ausnahmen – der Grundsatz der Freiheit des Datenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten gilt.
- Sonstige Aspekte der Konvention betreffen insbesondere die Zusammenarbeit der Vertragsstaaten, und die Konvention enthält übliche Schlussbestimmungen, die auch die Einrichtung eines Beratenden Ausschusses (*Comité consultatif*) vorsehen, der aus Vertretern der Vertragsstaaten zusammengesetzt ist und u.a. Vorschläge zur Änderung der Konvention unterbreiten kann (Art. 19 f. DSK).

Vielmehr interessieren im Zusammenhang mit der in diesem Beitrag im Vordergrund stehenden Fragestellung die übergreifenden Charakteristika der Konvention, von denen insbesondere folgende hervorzuheben sind:

- Die Konvention ist als Mindeststandard ausgestaltet, so dass sie es den Vertragsstaaten ermöglicht, den Betroffenen einen weitergehenden Schutz als den in der Konvention verankerten zu gewähren (Art. 11 DSK). Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil die Konvention neben der Gewährleistung eines datenschutzrechtlichen Mindeststandards auch die Erleichterung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs anstrebt (vgl. Art. 1 DSK).⁵
- Die Konvention ist – wie sich vor dem Hintergrund ihrer Zielsetzungen erklärt, aber auch und gerade durch die relative Offenheit der Formulierung ihrer Vorgaben

³ Zusatzprotokoll Nr. 181. Der Volltext des Protokolls ist unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/181.htm> abrufbar. Eine deutsche Übersetzung ist in der Schweiz unter SR 0.235.11 veröffentlicht.

⁴ Vgl. zur Konvention mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 3, Rn. 22 ff.

⁵ Zu dieser doppelten Zielsetzung z.B. *Jean-Philippe Walter*, Communication de données personnelles à l'étranger, in: Astrid Epiney/Patrick Hobi (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes / La révision de la Loi sur la protection des données, 2009, 99 (104 f.); s. auch *Thomas Giegerich*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1 – Europäische Grundrechte I, 2010, § 148, Rn. 41.

erschließt sowie in Art. 4 DSK zum Ausdruck kommt⁶ – als *non self-executing treaty* konzipiert (was insbesondere für Staaten mit monistischer Tradition von Bedeutung ist) und richtet sich somit grundsätzlich (nur) und jedenfalls primär an die Vertragsstaaten, die ihrerseits die notwendigen Maßnahmen zu ihrer innerstaatlichen Umsetzung ergreifen müssen.⁷

Allerdings schließt es der grundsätzliche *non self-executing*-Charakter der Konvention nicht aus, dass in gewissen nationalen Rechtsordnungen auf der Grundlage der einschlägigen nationalen Grundsätze für die Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge einzelne Bestimmungen der Konvention *self executing* sind.⁸ In der Schweiz kommt dies auf der Grundlage der hier einschlägigen Grundsätze⁹ insbesondere für die in Art. 5 und 8 DSK formulierten Prinzipien bzw. Rechte in Betracht,¹⁰ wobei dieser Frage aber (mittlerweile) insofern keine große Bedeutung mehr zukommen dürfte, als sowohl auf Bundesebene als auch in den Kantonen (inzwischen) Datenschutzgesetze verabschiedet wurden, die diese Grundsätze aufgreifen.

- Vertragsparteien können nach dem jetzigen Stand der Dinge nur Staaten sein, so dass die EU nicht Vertragspartei werden kann (vgl. Art. 22 f. DSK).

Am 15.6.1999 wurde der Konventionstext im Hinblick auf einen möglichen Beitritt der EU bzw. damals noch der EG unter Rückgriff auf Art. 21 DSK erweitert. Diese Änderung wird in Kraft treten können, sobald sie alle Vertragsstaaten angenommen haben, was bislang noch nicht erfolgt ist. Nunmehr ist im Rahmen der derzeit laufenden Arbeiten im Hinblick auf eine Revision der Konvention¹¹ vorgesehen, dass auch die EU Vertragspartei werden kann.

- In inhaltlicher Hinsicht sind die Vorgaben der Konvention insgesamt recht offen formuliert, so dass den Vertragsstaaten regelmäßig ein eher weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt wird.¹²

Derzeit sind Arbeiten im Gang, die in eine Revision der Konvention münden sollen. Das sog. *Comité consultatif* hat hierzu umfangreiche Vorarbeiten geleistet und im Dezember 2012 einen bereinigten Entwurf für eine Modernisierung der Konvention präsentiert, der letztlich in ein Änderungsprotokoll der Konvention münden soll.¹³ Auch hier soll nicht auf die vorgesehenen materiellen Änderungen im Einzelnen eingegangen werden.

⁶ Diese Bestimmung weist ausdrücklich darauf hin, dass es jeder Vertragspartei obliegt, die notwendigen gesetzgeberischen Modifikationen bzw. Ergänzungen im innerstaatlichen Recht vorzunehmen, damit die nach der Konvention zu verwirklichenden Grundsätze auch angewandt werden.

⁷ Zu diesem *non self-executing*-Charakter der Konvention etwa *Giegerich*, in: Merten/Papier, Handbuch (Fn. 5), § 148, Rn. 42; *Jean-Philippe Walter*, La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données, in: Astrid Epiney/Marianne Freiernuth (Hrsg.), Datenschutz in der Schweiz und in Europa / La protection des données en Suisse et en Europe, 1999, 83 (106); *Ferdinand Henke*, Die Datenschutzkonvention des Europarates, 1986, 60 f.

⁸ Ebenso *Walter*, in: Datenschutz in der Schweiz und in Europa (Fn. 7), 83 (109); *Rainer Schweizer*, Europäisches Datenschutzrecht – Was zu tun bleibt, DuD 1989, 542 (543); a.A. wohl *Reinhard Ellger*, Konvergenz oder Konflikt bei der Harmonisierung des Datenschutzes in Europa?, CR 1994, 558 (560); *Spiros Simitis*, in: Spiros Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl., 2011, Einleitung, Rn. 153.

⁹ Hierzu mit weiteren Nachweisen *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli*, Völkerrecht. Eine Einführung, 3. Aufl., 2010, 127 ff.

¹⁰ Ebenso *Walter*, in: Datenschutz in der Schweiz und in Europa (Fn. 7), 83 (109 f.).

¹¹ Hierzu sogleich im Text.

¹² Vgl. schon, m.w.N., *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 3, Rn. 45.

¹³ Vgl. Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE no. 108) (T-PD), Propositions de modernisation,

Hervorgehoben seien in dieser Beziehung folgende Aspekte:¹⁴

- In der Präambel wird neu auf die Menschenwürde sowie auf das Recht eines jeden, über die ihn betreffenden Daten zu verfügen und über ihre Bearbeitung zu bestimmen hingewiesen sowie der Bezug zu anderen Grundrechten hergestellt.
- Der Anwendungsbereich der Konvention soll auf alle Datenbearbeitungen ausgedehnt werden (derzeit wird nur die automatisierte Datenbearbeitung erfasst), wobei die Bearbeitung allerdings strukturiert erfolgen muss und Bearbeitungen allein zu persönlichen Zwecken vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden soll. Hiermit geht eine Anpassung an die Rechtslage in der EU¹⁵ einher.
- Damit einhergehend und teilweise darüber hinaus werden einige Begriffsdefinitionen angepasst bzw. hinzugefügt.
- Die Möglichkeiten, von den Vorgaben der Konvention abzuweichen, werden spürbar eingeschränkt.
- Bei den datenschutzrechtlichen Grundsätzen erfolgen einige Präzisierungen bzw. Weiterentwicklungen (ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes der Datensparsamkeit und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie die explizite und ausführliche Formulierung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für eine Datenbearbeitung, insbesondere der Hinweis auf die Einwilligung, eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung sowie die jedenfalls notwendige Interessenabwägung).
- Bei den besonders schützenswerten Personendaten wird zwischen solchen unterschieden, die *per se* als besonders schützenswert gelten (genetische oder biometrische Daten sowie solche über eine strafrechtliche Verurteilung oder eine Sicherungsmassnahme), und solchen, die nur im Hinblick auf ihren Verwendungszweck (wegen ihres Informationsgehalts über bestimmte Aspekte der Person, wie z.B. ihre sexuelle Orientierung oder ihre Rasse) als besonders sensibel angesehen werden. Liegen solche besonders schützenswerte Personendaten vor, müssen angemessene Garantien vorgesehen werden, damit die Interessen der Betroffenen angemessen geschützt werden, wobei insbesondere jedes Risiko der Diskriminierung zu vermeiden ist.
- Die Datenbearbeiter sind zu verpflichten, im Falle eines „Datenunfalls“ bzw. einer schweren Verletzung der datenschutzrechtlichen Grundsätze dies der zuständigen Stelle zu notifizieren.
- Die Rechte der Betroffenen sollen bedeutend erweitert werden (Einführung eines Rechts, nicht einer automatisierten Bearbeitung unterworfen zu werden, ein allgemeines Widerspruchsrecht, Recht, die Hintergründe einer Datenbearbeitung zu erfahren, erweitertes Auskunftsrecht).
- Die Pflichten der Datenbearbeiter sollen ebenfalls ausgedehnt werden (Verstärkung der Transparenzanforderungen, Durchführung von Risikoanalysen vor der Datenbearbeitung, Einführung des Prinzips „*privacy by design*“ und Verpflichtung auf „*easy to use functionalities*“).
- Die Bestimmungen zum grenzüberschreitenden Datenverkehr werden präzisiert.

Vielmehr interessiert in unserem Zusammenhang, ob die vorgesehene Revision zu Änderungen der Struktur bzw. der Charakteristika der Konvention führen wird bzw. würde. Diese Frage ist in Bezug auf die materiellen Aspekte der Vorgaben der Konvention grundsätzlich zu verneinen, wobei damit jedoch nicht deren Bedeutung bzw. Notwendigkeit verneint werden soll. So ist die Konvention nach wie vor grundsätzlich nicht *self-executing* ausgestaltet, formuliert lediglich Mindestgarantien bzw. -standards (so dass die Vertragsstaaten strengere datenschutzrechtliche Vorgaben vorsehen können) und ihre Vorgaben sind – trotz der vorgesehenen Präzisierungen (insbesondere der allgemeinen Datenschutzprinzipien, die zwar im Grundsatz beibehalten wurden, wobei jedoch zahlreiche

verfügbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/T-PD%282012%2904Rev4_F_Convention%20108%20modernis%C3%A9e%20version%20F.pdf.

¹⁴ Vgl. eingehend zur Revision Tobias Fasnacht, Die Revision der Datenschutzkonvention des Europarates. Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, 2012, 329 (331 ff.); Cécile de Terwangne, La modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes und Implikationen für die Schweiz / Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse, 2012, 23 ff.

¹⁵ Zu dieser II.2.

Präzisierungen, Verstärkungen und Vervollständigungen zu verzeichnen sind) – nach wie vor eher offen formuliert und damit konkretisierungsbedürftig. Diese Kontinuität – soweit die grundsätzlichen Charakteristika der Konvention betroffen sind – erklärt sich durch die Zielsetzungen der Revision, die sich (ausgehend von dem skizzierten Grundkonzept der Konvention) darauf beschränkten, den Entwicklungen der neuen Technologien Rechnung zu tragen (unter Beibehaltung der „Technikneutralität“ und des Anspruchs, einen „universellen“ Standard für das Datenschutzniveau darzustellen) und eine erleichterte Anpassung der Konvention an geänderte Umstände zu ermöglichen.¹⁶ In Bezug auf die Entwicklungen in der EU¹⁷ wurde eine gewisse Kohärenz angestrebt.¹⁸

Institutionell hingegen soll die Möglichkeit verankert werden, dass die Europäische Union Vertragspartei wird (Art. 22). Dies führte zu diversen Anpassungen in den Schlussbestimmungen, wobei insbesondere diejenige über das Abstimmungsverfahren im *Comité conventionnel* (das das *Comité consultatif* ablösen soll, aber ebenfalls aus Vertretern der Vertragsparteien besteht) zu erwähnen ist: Nach Art. 20 Abs. 3 übt die EU das Stimmrecht für diejenigen EU-Mitgliedstaaten, die Vertragspartei der Konvention sind, aus (wobei sie so viele Stimmen hat wie Mitgliedstaaten), dies unter der Voraussetzung, dass es um einen Bereich geht, der in ihre Zuständigkeit fällt und dass die Mitgliedstaaten in diesem Bereich ihre (Rechtssetzungs-) Kompetenzen auf die Union übertragen haben. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen dürfte unionsrechtlich zu bestimmen sein, so dass auf diesen Aspekt noch im Zusammenhang mit den verfahrensrechtlichen Implikationen der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten im Bereich der Aussenkompetenzen zurückzukommen sein wird.¹⁹ An dieser Stelle sei jedoch bereits festgehalten, dass diese Regel ins Gewicht fallende Konsequenzen für Nicht-Mitgliedstaaten entfalten kann: Falls die EU nämlich das Stimmrecht für ihre Mitgliedstaaten ausübt, zählt ihre Stimme „automatisch“ 28 Stimmen (in der Annahme, dass alle EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind bzw. sein werden), so dass die übrigen Vertragsstaaten entsprechend minorisiert sind und gegen den Willen der EU praktisch keine Entscheidung gefällt werden kann.

2. Europäische Union

Auf EU-Ebene sind datenschutzrechtliche Fragen sowohl Gegenstand des Primär- als auch des Sekundärrechts.²⁰

¹⁶ Im Einzelnen zu den Zielsetzungen der Revision *Fasnacht*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012 (Fn. 14), 329 (332 f.); *de Terwangne*, in: Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben (Fn. 14), 23 (24 ff.).

¹⁷ Zu diesen noch sogleich II.2.

¹⁸ Hierzu auch noch unten II.3.

¹⁹ Vgl. unten IV.2.

²⁰ Vgl. im Einzelnen zum Datenschutzrecht der EU mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 4; *Christopher Kuner*, European Data Protection Law.

a) Primärrecht

Im Primärrecht finden sich einerseits Bestimmungen, die Einzelnen grundrechtliche Gewährleistungen im Zusammenhang mit der Bearbeitung ihrer Daten einräumen, andererseits Kompetenzgrundlagen, die es der EU erlauben, Sekundärrecht zu erlassen.²¹

- Nach Art. 16 Abs. 1 AEUV hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Darüber hinaus enthält die Grundrechtecharta – die gemäss Art. 6 Abs. 1 EUV als mit den Verträgen gleichrangig anzusehen ist – in Art. 8 Abs. 1 eine (mit Art. 16 Abs. 1 AEUV identische) Bestimmung über den Schutz personenbezogener Daten. Inhaltlich dürfte dieser Schutz im Ergebnis demjenigen, der sich bereits aus Art. 8 EMRK ergibt, entsprechen.²²
- Der durch den Lissabonner Vertrag eingeführte Art. 16 Abs. 2 AEUV stellt nunmehr eine umfassende²³ Rechtsgrundlage für den Erlass datenschutzrechtlicher Vorschriften durch die EU dar. Damit dürfte die bislang hier (potentiell) auch zum Zuge kommende binnenmarktbezogene Rechtsgrundlage (Art. 114 Abs. 1 AEUV)²⁴ für den Bereich des Datenschutzes keine Bedeutung mehr zukommen. Die Kommission hat denn auch vorgeschlagen, ihr datenschutzrechtliches „Paket“ – das die geltenden Vorschriften weitgehend ablösen soll²⁵ – auf diese Bestimmung zu stützen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Reichweite dieser Rechtsgrundlage ausdrücklich insoweit beschränkt ist, als die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten nur insoweit geregelt werden darf, als Tätigkeiten betroffen sind, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen; darüber hinaus kann aber allgemein der „freie Datenverkehr“ geregelt werden, womit der Union im Ergebnis in Bezug auf die Datenverarbeitung durch Private eine umfassende Kompetenz zukommt.²⁶

²¹ Corporate Compliance and Regulation, 2. Aufl., 2007, *passim*; s. auch Nadine Bodenschatz, Der Europäische Datenschutzstandard, 2010, 181 ff.

²² S. ausführlich zum EU-Datenschutzrecht, inklusive eines Abrisses der Entwicklung, *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 4.

²³ Vgl. im Einzelnen, m.w.N., *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 4, Rn. 6 f. Aus der Rechtsprechung etwa EuGH, verb. Rs. C-92/09, C-93/09 (Schecke und Eifert), Urt. v. 9.11.2010.

²⁴ Mit Ausnahme der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, für welche gemäß Art. 16 Abs. 3 AEUV ein besonderes Verfahren gilt.

²⁵ So wurde die (noch) geltende Datenschutzrichtlinie (RL 95/46) auf Art. 114 Abs. 1 AEUV (bzw. die Vorgängerregelung) gestützt.

²⁶ Hierzu noch unten II.2.b).

Angesichts der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 114 Abs. 1 AEUV (in dessen Rahmen der Aspekt des freien Datenverkehrs bislang bei auch den Datenschutz betreffenden Rechtsakten eine wichtige Rolle spielte und mitunter die Abstützung derartiger Rechtsakte auf diese Rechtsgrundlage begründete, so auch der RL 95/46) dürfte der freie Datenverkehr in Bezug auf zahlreiche (auch) den Datenschutz betreffende Rechtsakte betroffen sein. So erachtete der Gerichtshof Art. 114 Abs. 1 AEUV auch in Bezug auf die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (RL 2006/24, ABl. 2006 L 105, 54) als einschlägig. Denn die Richtlinie betreffe schwerpunktmäßig das Funktionieren des Binnenmarktes: Zwar sei die Speicherung von Daten über elektronische Kommunikation ein effektives Mittel zur Bekämpfung von Straftaten; dies

b) Sekundärrecht

Das geltende Sekundärrecht im Bereich des Datenschutzes²⁷ kann in zwei verschiedene Kategorien eingeteilt werden:²⁸

- Einige bereichsübergreifende Regelungen kommen unabhängig von dem betroffenen Politikbereich allgemein in Bezug auf die Bearbeitung von Personendaten zur Anwendung. Von besonderer Bedeutung ist hier die RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.²⁹ Die Richtlinie enthält eine Reihe durch die Mitgliedstaaten zu beachtender datenschutzrechtlicher Grundsätze, Vorgaben für die Datenübermittlung in andere Mitgliedstaaten und Drittstaaten sowie über die datenschutzrechtliche Kontrolle in den Mitgliedstaaten.
- Die bereichsspezifischen Vorgaben kommen lediglich in dem betreffenden Politikbereich zur Anwendung. Von besonderer Bedeutung ist hier der Rahmenbeschluss 2008/977 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden.³⁰ Daneben sind datenschutzrechtliche Vorschriften aber auch in verschiedenen sektoriellen Rechtsakten zu finden, so etwa im Schengener Durchführungsübereinkommen und in den Europol, Eurojust, Eurodac und die Rechtshilfe betreffenden sekundärrechtlichen Akten.

Insgesamt ist das EU-Datenschutzrecht durch eine gewisse Unübersichtlichkeit gekennzeichnet, die insbesondere auch auf die Vielzahl der hier zum Zuge kommenden

ändere aber nichts daran, dass Verpflichtungen zur Vorratsdatenspeicherung erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen zeitigten, so dass diesbezügliche (zu erwartende) Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen sich unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirkten. Im Übrigen seien die Vorgaben der Richtlinie im Wesentlichen auf die Tätigkeiten der Dienstanbieter beschränkt und regelten nicht den Zugang zu den Daten oder deren Nutzung durch die Polizei- und Justizbehörden der Mitgliedstaaten, so dass sie Tätigkeiten regeln, die unabhängig von der Durchführung von Maßnahmen polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen seien, vgl. EuGH, Rs. C-301/06 (Irland/EP und Rat), Slg. 2009, I-593. Zu diesem Urteil z.B. *Kai Ambos*, Rechtsgrundlage der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung. Anmerkung zu EuGH v. 10.2.2009 (Rs. C-301/06), JZ 2009, 466 ff.; *Jörg Gündel*, Vorratsdatenspeicherung und Binnenmarktkompetenz: Die ungebrochene Anziehungskraft des Art. 95 EGV, EuR 2009, 536 ff.; *Spiros Simitis*, Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung oder die verfehlte Kehrtwende bei der Kompetenzregelung, NJW 2009, 1782 ff.

²⁷ Wobei hier – entsprechend der Zielsetzung dieses Beitrags – nur diejenigen Rechtsakte berücksichtigt werden sollen, die Vorgaben für die Mitgliedstaaten enthalten, unter Aussparung der (durchaus bedeutenden) Vorgaben für die Union und ihre Organe selbst. Vgl. zu den Vorgaben für die Union und ihre Organe ausführlich *Mark Ennulat*, Datenschutzrechtliche Verpflichtungen der Gemeinschaftsorgane und -einrichtungen, 2008, 117 ff.

²⁸ Ausführlich zum EU-Sekundärrecht, mit zahlreichen weiteren Nachweisen, *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 4, Rn. 8 ff.

²⁹ ABl. 1995 L 281, 31.

³⁰ ABl. 2008 L 350, 60.

Sekundärrechtsakte – deren Verhältnis nicht immer klar ist – zurückzuführen. Auch variiert das Datenschutzniveau in den verschiedenen Rechtsakten mitunter beträchtlich, und zwar über das notwendigerweise durch die verschiedenen Verarbeitungen implizierte Mass hinausgehend, womit in gewissen Bereichen eine wenig glückliche Relativierung wichtiger datenschutzrechtlicher Grundsätze einhergeht. Insbesondere ist die teilweise vorgesehene Möglichkeit der Verknüpfung verschiedener Informationssysteme bzw. der in ihnen enthaltenen Personendaten mitunter recht weitgehend.

Das Datenschutzrecht in der EU soll in Kürze umfassend revidiert werden, wobei vor allem fünf Ziele im Vordergrund stehen:³¹

- Stärkung der Recht der Einzelnen;
- Stärkung der Binnenmarktdimension;
- Änderung der Datenschutzvorschriften in den Bereichen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen;
- Verbesserungen in der globalen Dimension des Datenschutzes;
- verstärkter institutioneller Rahmen für eine bessere Durchsetzung der Datenschutzvorschriften.

In diesem Sinn hat die Kommission in erster Linie zwei Vorschläge unterbreitet: einen Vorschlag für eine Verordnung des EP und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung)³² und einen Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr.³³

Ohne dass hier auf die Einzelheiten dieser vorgesehenen Neuerungen eingegangen werden kann, sei stichwortartig auf einige wichtige vorgesehene Neuerungen hingewiesen:³⁴

- Die Datenschutzgrundverordnung soll auch auf gewisse Datenverarbeitungen in Drittstaaten Anwendung finden, nämlich insbesondere auf die Verarbeitung der Daten von in der Union ansässigen Personen, wenn die Verarbeitung mit Blick auf das Angebot von Dienstleistungen oder Waren in der Union erfolgt oder der Beobachtung des Verhaltens der Betroffenen dient (Art. 3 des Vorschlags).
- Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für die Datenverarbeitung wird neu geregelt, wobei die Anforderungen für das Vorliegen einer gültigen Einwilligung verschärft werden (Notwendigkeit einer

³¹ Vgl. schon die datenschutzrechtliche Strategie der Kommission aus dem Jahr 2010: Mitteilung der Kommission v. 4.11.2010, Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union, KOM (2010) 609 endg.

³² KOM (2012) 11 endg.

³³ KOM (2012) 10 endg.

³⁴ Vgl. zu den Vorschlägen der Kommission z.B. *Marita Körner*, Die Reform des EU-Datenschutzes: Der Entwurf einer EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Teil I, ZESAR 2013, 99 ff., Teil II, ZESAR 2013, 153 ff.; *Susanne Dehmel/Nils Hullen*, Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher, ZD 2013, 147 ff.; *Markus Kern*, Datenschutzrevision in der EU: Neuer Wein? Neue Schläuche?, digma 2013, 30 ff.; *Peter Gola/Sebastian Schulz*, Der Entwurf für eine EU-Datenschutz-Grundverordnung – eine Zwischenbilanz, RDV 2013, 1 ff.; *Andreas Jaspers*, Die EU-Datenschutz-Grundverordnung, DuD 2012, 571 ff.; *Gerrit Hornung*, Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012, ZD 2012, 99 ff.

- expliziten Einwilligung, Umkehr der Beweislast, Widerrufbarkeit, kein Rückgriff auf die Einwilligung im Falle eines Ungleichgewichts zwischen Datenverarbeiter und Betroffenen, Art. 7 des Vorschlags).
- Ein „Recht auf Vergessen“ (das letztlich ein Recht auf Löschung darstellt) wird eingeführt, ebenso wie ein Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 17, 18 des Vorschlags).³⁵
 - Weiter werden die Datenverarbeiter dazu verpflichtet, eine Datenschutzfolgenabschätzung durchzuführen und die Grundsätze des *privacy by design* zu beachten (Art. 22, 23 des Vorschlags) sowie Verletzungen der datenschutzrechtlichen Vorgaben an die Aufsichtsbehörde zu melden (Art. 31 des Vorschlags).³⁶
 - Schließlich enthält der Vorschlag diverse institutionelle Neuerungen, so insbesondere die Pflicht von Behörden und größeren Unternehmen, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen (Art. 35 des Vorschlags).³⁷

Die inhaltlichen Neuerungen des Kommissionsvorschlags gehen insgesamt in eine ähnliche Richtung wie die Vorschläge zur Revision der Datenschutzkonvention, so dass in materieller Hinsicht – ohne dass dieser Frage hier im Einzelnen nachgegangen werden könnte – eine weitgehende Konvergenz festzustellen ist.

Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass die Datenschutzrichtlinie durch eine Verordnung abgelöst werden soll, die somit unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 AEUV), womit letztlich eine einheitlichere Anwendung der datenschutzrechtlichen Vorgaben sichergestellt werden soll. Der Verordnungsvorschlag ist denn auch recht detailliert ausgestaltet und mit 91 Artikeln recht lang.

Weiter hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr³⁸ unterbreitet, die den Rahmenbeschluss 2008/977/JI ablösen soll. Die Richtlinie soll – im Gegensatz zum Rahmenbeschluss – auch auf innerstaatliche Datenverarbeitungen anwendbar sein; ansonsten folgt sie einer ähnlichen Logik wie die Datenschutzgrundverordnung, wobei jedoch das Schutzniveau hinter demjenigen des Verordnungsvorschlags zurückbleibt und im Übrigen insbesondere die Rechte der Betroffenen wesentlich weniger weitgehen. Die Richtlinie führt auch nicht zu einer Vereinfachung des Datenschutzrechts in der EU, da die sonstigen sektoriellen und spezifischen Vorgaben (z.B. in Bezug auf Europol oder das SIS) von ihr unberührt bleiben sollen.

3. Fazit

Versucht man, vorläufige Schlussfolgerungen aus dieser Skizzierung der datenschutzrechtlichen Instrumente im Europarat einerseits und in der EU andererseits mit

³⁵ Hierzu spezifisch *Claudia Kodde*, Die „Pflicht zu Vergessen“. „Recht auf Vergessenwerden“ und Löschung in BDSG und DS-GVO, ZD 2013, 115 ff.; allgemein zum „Recht auf Vergessen“ auch *Rolf H. Weber*, Der Ruf nach einem Recht auf Vergessen, digma 2011, 102 ff.

³⁶ Zu einigen dieser neuen Pflichten spezifisch *Noogie C. Kaufmann*, Meldepflichten und Datenschutz-Folgenabschätzung. Kodifizierung neuer Pflichten in der EU-Datenschutz-Grundverordnung, ZD 2012, 358 ff.

³⁷ Hierzu spezifisch *Johannes Caspar*, Das aufsichtsbehördliche Verfahren nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung. Defizite und Alternativregelungen, ZD 2012, 555 ff.

³⁸ KOM (2012) 10 endg.

Blick auf die hier interessierende Frage nach dem Verhältnis beider „Regelungskomplexe“ sowie den Implikationen für die Kompetenzen und Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten zu ziehen, so drängen sich drei Bemerkungen auf:

- Erstens ist Grundlage und Ausgangspunkt sowohl im Rahmen des Europarates als auch im Rahmen der EU die grundrechtliche Gewährleistung des Schutzes der personenbezogenen Daten. Im Rahmen des Europarates ergibt sich dieses Grundrecht aus einer entsprechenden Auslegung des Art. 8 EMRK, der diesbezüglich in der Rechtsprechung bemerkenswerte Konkretisierungen erfahren hat.³⁹ In der EU ist ein entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, und inzwischen figuriert dieses Recht auch ausdrücklich in Art. 8 GrCh. Inhaltlich ist von einer Parallelität dieser Gewährleistungen auszugehen, auch vor dem Hintergrund des Art. 52 Abs. 3 GrCh, wonach den in der Charta gewährleisteten Rechten, die in der EMRK figurierenden Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung wie in dieser beizumessen ist. Da die Vertragsstaaten der EMRK diese umfassend zu beachten haben, kommt damit der Beschränkung des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechte (auf die Bereiche, in denen die Mitgliedstaaten das EU-Recht durchführen, vgl. Art. 51 Abs. 1)⁴⁰ in materieller Hinsicht bzw. im Ergebnis keine Bedeutung zu, was aber nichts daran ändert, dass dieser Aspekt für die Zuständigkeit des Gerichtshofs und damit auch den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten von Bedeutung ist bzw. sein kann.⁴¹
- Zweitens sind auch insofern Konvergenzen zwischen der Behandlung des Themas Datenschutz im Europarat und der EU festzustellen, als die grundrechtlichen

³⁹ Vgl. ausführlich hierzu, m.w.N., *Epiney/Schleiss*, in: Belser u.a., Datenschutzrecht (Fn. 1), § 4, Rn. 9 ff.; s. auch *Ennulat*, Datenschutzrechtliche Verpflichtungen (Fn. 27), 34 ff.; *Bodenschatz*, Der Europäische Datenschutzstandard (Fn. 20), 43 ff.

⁴⁰ Wobei der EuGH diese Voraussetzung sehr weit auslegt. Vgl. zur Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte aus der Rechtsprechung schon EuGH, verb. Rs. 201, 202/85 (Klensch), Slg. 1986, 3477; EuGH, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609; s. sodann z.B. EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), Slg. 1994, I-955; EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3689; s. auch EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779; EuGH, Rs. C-339/10 (Krasimir A. Estov), Urt. v. 12.11.2010; s. auch EuGH, Rs. C-457/09 (Chartry), Urt. v. 1.3.2011; EuGH, verb. Rs. C-411/10, C-493/10 (N.S.), Urt. v. 21.12.2011; EuGH, Rs. C-617/10 (Fransson), Urt. v. 26.2.2013. Aus der Literatur etwa *Peter M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte. Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, 190 ff.; *Julian Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, Tübingen 2011; *Dieter H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 ff.; *Daniel Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, 889 ff.; *Rudolf Streinz*, Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta, JuS 2013, 568 ff.; *Hans-Jürgen Rabe*, Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, NJW 2013, 1407 f. S. auch die Überblicke in den verschiedenen Kommentaren zu Art. 51 Grundrechtecharta.

⁴¹ Vgl. in diesem Zusammenhang zu den jeweiligen Kompetenzen und Aufgaben der obersten Gerichte instruktiv *Markus Kotzur*, Der Schutz personenbezogener Daten in der europäischen Grundrechtsgemeinschaft. Die korrespondierende Verantwortung von EuGH, EGMR und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten, EuGRZ 2011, 105 ff.; die Defizite hervorhebend, jedenfalls soweit die effektive Beachtung des Grundrechts auf Datenschutz in der EU betroffen ist, *Felix Hanschmann*, Das Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz gegen hoheitliche Maßnahmen in der Pluralität von Rechtsregimen, in: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg 2012, 293 ff.

Weichenstellungen durch spezifisch datenschutzrechtliche Instrumente bzw. Rechtsakte ergänzt bzw. konkretisiert werden (die Datenschutzkonvention des Europarates einerseits und die verschiedenen datenschutzrechtlichen Rechtsakte der EU, insbesondere die RL 95/46 bzw. in Zukunft die Datenschutzgrundverordnung, andererseits). Zu betonen ist dabei, dass zahlreiche Bestimmungen in diesen spezifischen Instrumenten letztlich Konkretisierungen der grundrechtlichen Vorgaben darstellen, die sich teilweise (so z.B. der Grundsatz der Zweckbindung) bereits aus den grundrechtlichen Gewährleistungen selbst ableiten lassen, teilweise aber auch Weiterentwicklungen derselben darstellen. Dieser Zusammenhang ist jeweils bei ihrer Auslegung sowie der Frage, ob und inwieweit von ihnen in sektorspezifischen Regelungen (z.B. solchen, die nur die polizeiliche Zusammenarbeit betreffen) abgewichen werden darf, zu beachten.

- Darüber hinaus weisen die Datenschutzkonvention einerseits und die Datenschutzgrundverordnung⁴² andererseits aber auch, drittens, ins Gewicht fallende Unterschiede auf, wobei zwei Aspekte von besonderer grundsätzlicher Bedeutung sein dürften:
 - Die Konvention zeichnet sich insgesamt durch eher „weiche“ bzw. offene Formulierungen aus, die den Vertragsstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht einen weiten Gestaltungsspielraum lassen. Zwar ist zu erwarten, dass sich dieser Gestaltungsspielraum durch die Revision etwas reduziert (insbesondere im Zuge der weniger weitgehenden Abweichungs- bzw. Ausnahmemöglichkeiten und der Präzisierung einer Reihe von Aspekten); dies wird aber nichts an der grundsätzlichen Konkretisierungsbedürftigkeit und der Notwendigkeit der Umsetzung in nationales Recht und damit dem fehlenden *self-executing*-Charakter der Konvention ändern. Demgegenüber wird mit der Datenschutzgrundverordnung ein unmittelbar geltendes und damit die Rechtsadressaten unmittelbar verpflichtendes Instrument geschaffen, dessen Vorgaben denn auch entsprechend detailliert ausfallen, wobei sie zudem vorsieht, dass weitere Präzisierungen durch delegierte Rechtsakte (der Kommission werden hier weitreichende Befugnisse übertragen, vgl. Art. 86 des Vorschlags)⁴³ erfolgen sollen.
 - Die Datenschutzkonvention gilt – abgesehen von den in ihr selbst vorgesehenen Einschränkungen bzw. Ausnahmemöglichkeiten der Vertragsstaaten – umfassend für alle Datenbearbeitungen in den Vertragsstaaten. Hingegen ist der sachliche

⁴² Im Folgenden soll nur noch auf diese Bezug genommen werden, da sie die RL 95/46 in Kürze ablösen wird.

⁴³ Zur Problematik der hier sehr weitgehenden Befugnisse der Kommission und ihrer Vereinbarkeit mit dem Primärrecht *Thomas Kahler*, Die Europarechtswidrigkeit der Kommissionsbefugnisse in der Grundverordnung, RDV 2013, 69 ff.

Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung – wie schon der derjenige der RL 95/46 – (auch) insofern allgemein beschränkt, als die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen einer Tätigkeit erfolgen muss, die in den „Geltungsbereich des Unionsrechts“ fällt (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Vorschlags). Im Gegenschluss gibt es damit Datenverarbeitungen in den Mitgliedstaaten, die nicht von der Datenschutzgrundverordnung erfasst werden, weil sie eben nicht im Rahmen einer in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallenden Tätigkeit erfolgen (Art. 2 Abs. 2 lit. a) des Vorschlags nennt als Beispiel den Bereich der nationalen Sicherheit).⁴⁴

III. Zu den Kompetenzen der EU und ihrer Mitgliedstaaten zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen im Bereich des Datenschutzes

Der Umstand, dass datenschutzrechtliche Fragen sowohl Gegenstand des Unionsrechts als auch eines völkerrechtlichen Abkommens, an dem die Mitgliedstaaten als Vertragspartei teilhaben und das in Zukunft auch die EU als Vertragspartei einbinden soll, sind, wirft die Frage nach den jeweiligen Kompetenzen von EU einerseits und ihren Mitgliedstaaten andererseits zum Abschluss solcher völkerrechtlicher Abkommen auf. Diese Problematik ist eine allgemeine der EU-Außenbeziehungen, so dass es hier nicht darum gehen kann, sie umfassend zu erörtern.⁴⁵ Vielmehr geht es nur (aber immerhin) darum, in Bezug auf die hier interessierende Fragestellung die Kompetenz der EU und ihrer Mitgliedstaaten zum Abschluss der DSK sowie die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu umreißen, dies ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen.

1. Grundsätze

⁴⁴ Vgl. noch die diesbezüglichen Präzisierungen unten IV.1.a)cc).

⁴⁵ Vgl. aus jüngerer Zeit zu den Vertragsschlusskompetenzen der EU (auch im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten) mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Walter Obwexer*, Die Vertragsschlusskompetenzen und die vertragsschlussbefugten Organe der Europäischen Union, *EuR*, Beiheft 2/2012, 49 ff.; *Jennifer Heuck*, Die Außenkompetenzen der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, *Jura* 2013, 199 ff.; s. ansonsten z.B. *Theodore Georgopoulos*, What kind of treaty-making power for the EU?, *ELR* 2005, 190 ff.; *Rass Holdgaard*, External relations law of the European Community, 2008; *Piet Eeckhout*, External Relations Law, 2012; *Marcus Klamert/Niklas Maydell*, Rechtsfragen der impliziten Außenkompetenz der EG illustriert am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie und der Minimum Platform on Investment, *EuR* 2008, 589 ff.; *Bart van Vooren*, EU-EC External Competence after the Small Arms Judgment, *European Foreign Affairs Review* 2009, 7 ff. Zu den Außenkompetenzen aus der Rechtsprechung insbesondere *EuGH*, Gutachten 2/91 (ILO), *Slg.* 1993, I-1061; *EuGH*, Gutachten 1/94 (WTO), *Slg.* 1994, I-5267; *EuGH*, Gutachten 2/92 (OECD), *Slg.* 1995, I-521; *EuGH*, Gutachten 2/00 (Protokoll von Cartagena), *Slg.* 2001, I-9713; *EuGH*, verb. Rs. C-466/98 u.a. (open skies-Abkommen), *Slg.* 2002, I-9427 ff.

Ausgangspunkt der Frage nach der Kompetenz der EU, Vertragspartei der DSK zu werden, ist die (partielle) Völkerrechtssubjektivität der EU; sie ist Trägerin völkerrechtlicher Rechte und Pflichten,⁴⁶ wie dies auch in Art. 47 EUV verankert ist.⁴⁷ Die Reichweite der Vertragsschlussbefugnis der EU ergibt sich – wie auch bei anderen Internationalen Organisationen – aus den einschlägigen Bestimmungen des internen Organisationsrechts, *in casu* des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Die grundsätzliche Existenz einer Kompetenz der EU zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge ergibt sich einerseits aus den wenigen ausdrücklichen vertraglichen Grundlagen (wobei Art. 207 AEUV für Zoll- und Handelsabkommen und Art. 217 AEUV für Assoziierungsabkommen besondere Bedeutung zukommt),⁴⁸ andererseits aus den zunächst durch die sog. AETR-Rechtsprechung⁴⁹ entwickelten und heute in Art. 216 Abs. 1 AEUV ausdrücklich verankerten impliziten Außenkompetenzen, die sich aus der Zuweisung interner Kompetenzen ergeben. Der Vertrag von Lissabon differenziert die zuletzt genannte Kategorie durch verschiedene Untergruppen: Nach Art. 216 Abs. 1 AEUV besteht eine Außenkompetenz der Union, wenn der Abschluss des betreffenden völkerrechtlichen Vertrages zur Verwirklichung einer der Zielsetzungen der Verträge erforderlich ist (erste Alternative), in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist (zweite Alternative), gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen (dritte Alternative) oder deren Anwendungsbereich ändern könnte (vierte Alternative). Vieles spricht dafür, dass auf diese Weise die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert werden sollte, wobei aber diesbezüglich durchaus noch Fragen offen bleiben, die in der Zukunft zu klären sein werden: So fragt es sich insbesondere, ob die erste Alternative der impliziten Vertragsschlusskompetenzen weiter geht als die bisherige, sich bereits aus dem Urteil Stilllegungsfonds⁵⁰ ergebende grundsätzliche Parallelität von Innen und Außenkompetenzen,⁵¹ eine Parallelität, die in jüngerer Zeit etwa durch das

⁴⁶ S. schon EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 271; EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; EuGH, Gutachten 1/92, Slg. 1992, I-2821. Ausführlich zur Völkerrechtssubjektivität der EU *Werner Schroeder*, Die Europäische Union als Völkerrechtssubjekt, EuR, Beiheft 2/2012, 9 ff.

⁴⁷ Dies impliziert – neben der *treaty making power* – die Verbindlichkeit auch der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, worunter insbesondere das Völkergewohnheitsrecht, aber auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze fallen, für die Union. Ausdrücklich EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655, Rn. 44 ff.; s. auch schon EuGH, Rs. C-286/90 (Poulsen), Slg. 1992, I-6019. Ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht EuR, Beiheft 2/2012, 25 ff.

⁴⁸ Die Verträge enthalten aber auch noch weitere ausdrückliche Außenkompetenzen, so etwa in Art. 79 AEUV (Einwanderung) oder der Entwicklungszusammenarbeit (Art. 209 AEUV). S. den Überblick über diese expliziten Außenbefugnisse bei *Obwexer*, EuR, Beiheft 2/2012 (Fn. 45), 49 (52 ff.).

⁴⁹ EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263, sowie aus der Folgerechtsprechung in erster Linie EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267.

⁵⁰ EuGH, Gutachten 1/76 (Stilllegungsfonds), Slg. 1977, 741.

⁵¹ Ausdrücklich denn auch EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061; zu dieser Parallelität *Siegfried Breier*, Die völkerrechtlichen Vertragsschlusskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten im Bereich des Umweltschutzes, EuR 1993, 340 (349). Zur Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet allgemein *Nicholas Emiliou*, Towards a clearer demarcation line? The division of external relations power between the Community and Member States, ELR 1994, 76 ff. Zur dogmatischen Begründung m.w.N. *Andrea Ott*, Gatt und WTO im Gemeinschaftsrecht, 1997, 192 f.

Urteil des EuGH in der Rs. C-431/05 bestätigt wurde.⁵² Denn zur Verwirklichung einer der Zielsetzungen der Verträge erforderlich (im Sinne des Art. 216 Abs. 1 AEUV) kann ein völkerrechtlicher Vertrag grundsätzlich auch dann sein, wenn der Union im Innern für die Regelung des betreffenden Gebiets keine Kompetenz zukommt; allerdings implizierte eine solche, durch den Wortlaut des Art. 216 Abs. 1 AEUV zunächst nahegelegte Parallelität von Außenkompetenzen und Vertragszielen (nicht mehr Innenkompetenzen) angesichts der doch sehr weitgehenden Vertragsziele eine erhebliche Erweiterung der Unionsaußenkompetenzen und wäre wohl auch insofern systemwidrig, als damit das auch in Art. 5 Abs. 1 EUV verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus den Angeln gehoben würde.⁵³ Auf der anderen Seite könnte auch vertreten werden, dass hinter der AETR-Rechtsprechung „zurückgeblieben“ werden sollte, da die Übereinkunft zur Verwirklichung eines Unionsziels „erforderlich“ sein muss, so dass eine bloße Sachdienlichkeit nicht ausreichend wäre. Auch hiergegen sprechen jedoch gewichtige Argumente, implizierte diese Sicht doch eine sehr weitgehende Einschränkung der Vertragsschlussbefugnisse der Union, die im Text – angesichts des damit verbundenen „Integrationsrückschritts“ und der abweichenden Praxis der EU-Organen – eindeutig hätte zum Ausdruck kommen müssen. Insgesamt spricht also Vieles dafür, dass diese erste Alternative die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen kodifizieren wollte. Die zweite Alternative (ermächtigender Sekundärrechtsakt) lehnt sich an die bisherige Rechtsprechung an;⁵⁴ gleiches gilt für die dritte und vierte Alternative.⁵⁵ Damit ist die Union auch auf der Grundlage des Vertrages von Lissabon zumindest in all denjenigen Bereichen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt, in denen ihr im Innenverhältnis eine Rechtsetzungskompetenz zusteht, so dass von einer Parallelität zwischen Innen- und Außenkompetenzen auszugehen ist, die auch dann zum Zuge kommt, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses des betreffenden völkerrechtlichen Abkommens noch keine internen Rechtsakte bestehen.⁵⁶

Ausschließlicher Charakter – in dem Sinn, dass nur die Union unter Ausschluss der Mitgliedstaaten völkerrechtliche Verträge abschließen kann – kommt den impliziten Außenkompetenzen der Union nach der Rechtsprechung unter der Voraussetzung zu, dass die Union entweder von ihren Innenkompetenzen bereits erschöpfend Gebrauch gemacht hat oder die Materie sinnvoll (sozusagen aus der Natur der Sache heraus) nur durch eine externe Regelung erfasst werden kann bzw. die Zielsetzungen der internen Regelungsbefugnis nur dann effektiv umgesetzt werden können, wenn eine entsprechende Außenkompetenz

⁵² EuGH, Rs. C-431/05 (Merck Generec), Slg. 2007, I-7001. S. insoweit auch EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano), Slg. 2006, I-1145, Rn. 114.

⁵³ Im Ergebnis ebenso, m.w.N., René Repasi, Völkervertragliche Freiräume für EU-Mitgliedstaaten, EuR 2013, 45 (53 ff.).

⁵⁴ EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267 Rn. 95; s. auch EuGH, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, I-521, Rn. 33.

⁵⁵ Zu dieser noch sogleich III.3. im Zusammenhang mit der Ausschließlichkeit der Kompetenzen.

⁵⁶ EuGH, Gutachten 1/04 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 85.

besteht.⁵⁷ Weiter ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine ausschließliche Kompetenz der Union dann anzunehmen, wenn der Abschluss eines Vertrages durch die Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich das Beeinträchtigungsverbot des Art. 4 Abs. 3 EUV verletzt.⁵⁸ Der Vertrag von Lissabon greift diese Rechtsprechung in Art. 3 Abs. 2 AEUV auf.

Die Existenz einer solchen ausschließlichen Unionskompetenz entfaltet auch insofern eine „Sperrwirkung“, als die Mitgliedstaaten bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nicht (mehr) zum Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge befugt sind. Dies impliziert dann auch, dass in denjenigen Fällen, in denen keine ausschließliche Außenkompetenz der Union zum Abschluss eines bestimmten Vertrages besteht, die Mitgliedstaaten als Vertragspartner zu beteiligen sind, so dass hier grundsätzlich nur gemischte Verträge in Betracht kommen,⁵⁹ was aber nichts an der Existenz selbst der Außenkompetenzen der Union ändert.

2. Anwendung auf das Verhältnis der Vertragsschlusskompetenzen der EU und ihrer Mitgliedstaaten in Bezug auf die Datenschutzkonvention

Wendet man diese Grundsätze auf die Vertragsschlusskompetenzen der EU und ihrer Mitgliedstaaten in Bezug auf die Datenschutzkonvention an, so ist zunächst festzuhalten, dass der Vertrag keine explizite Außenkompetenz im Bereich des Datenschutzes kennt. Auf der Grundlage der Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen ist aber davon auszugehen, dass aus Art. 16 Abs. 2 AEUV auch eine Kompetenz der Union zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen im Bereich des Datenschutzes folgt.

⁵⁷ Vgl. EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, insbesondere Rn. 85 f., 99 f.; s. auch EuGH, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, I-521, Rn. 31 f. Zur Rechtsprechung *Christine Kaddous*, Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, 1998, 248 ff.; *Eckart Klein/Frank Kimms*, Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluss umweltschutzrelevanter Verträge, UTR 1996, 53 (69 f.); speziell zum WTO-Gutachten *Meinhard Hilf*, Die EG-Außenkompetenzen in Grenzen. Das Gutachten des EuGH zur Welthandelsorganisation, EuZW 1995, 7 ff.; *Rudolf Geiger*, Vertragsschlusskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten, JZ 1995, 973 ff. S. aus der Rechtsprechung EuGH, verb. Rs. C-467/98 u.a. (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I-9519 („open skies-Abkommen“), wo der EuGH die bislang entwickelten Grundsätze auf den Bereich des Luftverkehrs (entsprechende Abkommen einiger Mitgliedstaaten mit den USA) anwendete; vgl. im Übrigen EuGH, Gutachten C-1/08 (GATS), Slg. 2009, I-11129: Hier ging es um die Reichweite der ausschließlichen Kompetenz der Union im Bereich der Außenhandelspolitik (Art. 207 AEUV), falls auch noch andere Politikbereiche (*in casu* die Verkehrspolitik) betroffen sind: In einem solchen Fall seien die Rechtsgrundlagen in dem betreffenden Politikbereich ebenfalls heranzuziehen, was in der Regel einer Ausschließlichkeit der Unionskompetenz entgegensteht (es sei denn, die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 AEUV seien erfüllt).

⁵⁸ Vgl. Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061, Rn. 13 ff.

⁵⁹ Ausdrücklich *David O’Keeffe*, Exclusive, concurrent and shared competence, in: Alan Dashwood/Christophe Hillion (Hrsg.), The General Law of E.C. External Relations, 2000, 179 (193). Zur Problematik der gemischten Abkommen *Andreas J. Kumin/Philipp Bittner*, Die „gemischten“ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dritten Völkerrechtssubjekten andererseits, EuR, Beiheft 2/2012, 75 ff.; s. auch die Beiträge in *Christophe Hillion/Panos Koutrakos* (Hrsg.), Mixed Agreements Revisited. The EU and its Member States in the World, 2010.

Ausschließlicher Charakter dürfte dieser Kompetenz jedoch nicht zukommen: Denn der Abschluss etwa der Datenschutzkonvention wäre wohl nicht notwendig, damit die EU ihre entsprechende interne Zuständigkeit ausüben kann. Ebensowenig ist ersichtlich, dass der Abschluss der Datenschutzkonvention durch die Mitgliedstaaten gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte (vgl. die Formulierungen in Art. 3 Abs. 2 AEUV).⁶⁰

- Zwar könnte auf den ersten Blick – zumindest auf der Grundlage der Datenschutzgrundverordnung – angenommen werden, der Bereich des Datenschutzes sei in der Union sekundärrechtlich abschließend geregelt.⁶¹ Diese Auslegung der Verordnung (bzw. des Entwurfs) überzeugt aber schon deshalb nicht, weil die Verordnung nur im Geltungsbereich des Unionsrechts zum Zuge kommt (Art. 3 Abs. 3 lit. a) des Vorschlags), so dass jedenfalls in Bezug auf die nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallenden Bereiche keine abschließende Regelung anzunehmen ist.⁶² Da die Datenschutzkonvention jedoch vollumfänglich alle Datenverarbeitungen in den Vertragsstaaten betrifft, ist in Bezug auf ihren Regelungsgehalt nicht von einer abschließenden unionsrechtlichen Regelung auszugehen.
- Weiter könnte zwar *a priori* auch in Erwägung gezogen werden, dass der Abschluss von Abkommen im Bereich des Datenschutzes durch die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der unionsrechtlichen Regelungen beeinträchtigen könnte. Aber auch diese Voraussetzung ist bei näherer Analyse nicht gegeben, da die Datenschutzkonvention einerseits lediglich Mindeststandards vorgibt, so dass es den Mitgliedstaaten jedenfalls frei steht, in Bezug auf den Persönlichkeitsschutz strengere Regelungen vorzusehen. Andererseits zeichnen sich die Vorgaben der Konvention durch eine gewisse Offenheit und Flexibilität aus, so dass nicht ersichtlich ist, warum sie bestehendes Unionsrecht beeinträchtigen, es der Union verunmöglichen sollten, ihre Gesetzgebungszuständigkeiten in Zukunft wahrzunehmen oder die Wahrnehmung der Kompetenzen durch die Union inhaltlich determinieren soll. Nur am Rande sei zudem daran erinnert, dass die Datenschutzkonvention und der Vorschlag zu einer Datenschutzgrundverordnung inhaltlich weitgehend kongruent sind (auch wenn dieser

⁶⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang die instruktiven Ausführungen in EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061. S. ansonsten ausführlich zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen völkerrechtliche Abkommen der Mitgliedstaaten das Unionsrecht beeinträchtigen können, *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Art. 10 EGV im Bereich der Außenbeziehungen, FS Georg Ress, 2005, 441 (452 ff.), m.w.N.

⁶¹ Vgl. z.B. die Annahme einer abschließenden unionsrechtlichen Regelung in den sog. open skies-Urteilen, vgl. EuGH, verb. Rs. C-467/98 u.a. (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I-9519 („open skies-Abkommen“).

⁶² Vgl. ausführlich zur Frage der Ermittlung der Abgeschlossenheit einer unionsrechtlichen Regelung im Zusammenhang mit den Außenkompetenzen *Astrid Epiney/Dominique Gross*, Kompetenzverteilung zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten – Grundlagen, in: Simon Marr/Peter Beyer/Julia Rüscher/Astrid Epiney/Dominique Gross, EG-Kompetenzen bei völkerrechtlichen Verträgen im Umweltbereich unter besonderer Berücksichtigung des OSPAR-Übereinkommens, 2004, 5 (16 ff.), m.w.N.

Gesichtspunkt als solcher für das Vorliegen einer ausschließlichen Unionszuständigkeit nicht ausschlaggebend ist).

Vor diesem Hintergrund kommt in Bezug auf die Datenschutzkonvention lediglich der Abschluss durch die EU und ihre Mitgliedstaaten (also ein gemischtes Abkommen) in Betracht. Hinzu kommt, dass die Rechtsgrundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV – soweit genuin datenschutzrechtliche Regelungen betroffen sind – auf den Geltungsbereich des Unionsrechts beschränkt ist. Da die Datenschutzkonvention aber umfassend für alle Datenverarbeitungen Anwendung findet, dürfte die Kompetenz der EU auch nicht für den Abschluss der Konvention ausreichen, würde sie sich doch damit auch in Bezug auf solche Bereiche verpflichten, die nicht im Geltungsbereich des Unionsrechts liegen.

Eine andere Frage ist, ob die Mitgliedstaaten befugt sind, ohne die EU die Revision der Konvention abzuschließen. Diese Frage ist schon deshalb zu bejahen, weil der Union – wie gezeigt – keine ausschließliche Kompetenz zum Abschluss den Datenschutz betreffender Abkommen zukommt.

IV. Zu den Implikationen der Beteiligung der EU an der Datenschutzkonvention

Wird die Europäische Union (auch) Vertragspartnerin der Datenschutzkonvention, so stellt sich eine Reihe von Anschlussfragen, die im Wesentlichen die Rechtswirkungen des auch von der EU abgeschlossenen Abkommens (1.), die Frage nach der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten bei internationalen Verhandlungen bzw. bei der Vertretung in den durch die Datenschutzkonvention eingerichteten Gremien (2.) sowie die Reichweite der sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Verfahrenspflichten (3.) betreffen.

1. Zu den Rechtswirkungen der DSK im Falle eines Beitritts der EU

a) Die DSK als „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts

aa) Allgemeines

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge einen „integrierenden Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung bilden⁶³ und ihnen ein unionsrechtlicher Charakter zukomme,⁶⁴ ein Grundsatz, der seit dem Vertrag von Lissabon auch in Art. 216 Abs. 2 AEUV⁶⁵ verankert ist.

⁶³ EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 13; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8. Hierzu bereits *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999,

Diese Charakterisierung impliziert grundsätzlich,⁶⁶ dass die Bestimmungen Teile des positiven Rechts in der Union sind. Dabei gelten sie aber nicht als „Unionsrecht“, sondern als Völkerrecht. Denn die völkerrechtlichen Verträge werden nach der Rechtsprechung bereits mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene zu integrierenden Bestandteilen des Unionsrechts⁶⁷ und unterliegen keinem irgendwie gearteten Transformationsakt, so dass der Schluss nahe liegt, dass die Bestimmungen keinem inhaltlichen Wandel unterliegen und auch ihre Rechtsnatur als völkerrechtliche Instrumente beibehalten.⁶⁸ Auch die bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge zur Anwendung kommenden Grundsätze sprechen für diesen Ansatz: In völkerrechtlichen Verträgen enthaltene Bestimmungen, die unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen, sind nämlich nicht zwingend ebenso wie im Unionsrecht auszulegen, sondern ihre Auslegung richtet sich nach völkerrechtlichen Maßstäben.⁶⁹

Allerdings impliziert die Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Abkommen für die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten, dass ihnen gewisse „Attribute“ des Unionsrechts – wie insbesondere der Vorrang im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht, die unmittelbare Geltung völkerrechtlicher Verträge sowie die grundsätzliche Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung⁷⁰ – ebenfalls zukommen. Als Bestandteile der Unionsrechtsordnung gelten sie somit zwar als Völkerrecht, was insbesondere Rückwirkungen auf die Auslegung der Abkommen

5 ff.; *Stephan Hobe/Patrick Müller-Sartori*, Rechtsfragen der Einbindung der EG/EU in das Völkerrecht, JuS 2002, 8 ff.

⁶⁴ So z.B. („gemeinschaftsrechtlicher Charakter“) EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 14.

⁶⁵ Wonach die von der Union geschlossenen Abkommen die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten binden.

⁶⁶ Zu den Besonderheiten bei gemischten Abkommen noch sogleich im Text.

⁶⁷ Vgl. hierzu EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 11/16; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8.

⁶⁸ Ebenso z.B. *Cornelia Eberle*, Die EG als Partei internationaler Umweltschutzübereinkommen: Fragen des Abschlusses von Übereinkommen und deren Implementierung, 2001, 224 ff.; s. auch *Anne Peters*, The Position of International Law within the European Community Legal Order, GYIL 1997, 9 (28 ff.); s. auch schon *Epiney*, EuZW 1999 (Fn. 63), 5 (6).

⁶⁹ Aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329, Rz. 18 ff. Vgl. ausführlich zur Auslegung von durch die Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen m.w.N. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss. 2001, 425 ff.; *Roland Bieber*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique, 2011, 1 ff.

⁷⁰ Zu letzterer (ein Grundsatz, der auch für Erlasse der durch völkerrechtliche Verträge eingesetzten Organe gilt), etwa EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461; EuGH, Rs. C-237/91 (Kus), Slg. 1992, I-6781. Allerdings können bei der Frage, ob bestimmte völkervertragsrechtliche Bestimmungen unmittelbare Wirkung entfalten, andere Grundsätze zum Zuge kommen als bei parallel formulierten unionsrechtlichen Vorgaben, geht es hier doch um Auslegungsfragen, die bei Verträgen eben auf der Grundlage des Völkerrechts zu beantworten sind. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 2641; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641; EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszczuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 38; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 33. Aus der Literatur *Nanette A. Neuwahl*, Individuals and the GATT: Direct Effect and Indirect Effects of the General Agreement of Tariffs and Trade in Community Law, in: Nicholas Emiliou/David O'Keeffe (Hrsg.), The European Union and World Trade Law, 1996, 313 (317 ff.); *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“/Interprétation et application des „traités d'intégration“, 2006, 1 (14 f.).

entfaltet, die sich nach völkerrechtlichen Regeln richtet. Andererseits aber sind die Abkommen eben Bestandteil der Unionsrechtsordnung, so dass sie – wenn auch als Völkerrecht und unter Beachtung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden – für die Mitgliedstaaten und die Organe in gleicher Weise wie (sonstige) unionsrechtliche Vorschriften verbindlich sind. Insoweit rechtfertigt sich denn auch die Charakterisierung der völkerrechtlichen Normen als Teil des Unionsrechts.

Insgesamt werden damit durch die Stellung des Völkerrechts als integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung die ansonsten hier einschlägigen (nationalen) verfassungsrechtlichen Grundsätze über Rang und Stellung des Völkerrechts – die ja sehr verschieden ausgestaltet sind – in dem Maß verdrängt, in dem die entsprechenden Verträge bzw. vertraglichen Bestimmungen integrierender Bestandteil des Unionsrechts sind.⁷¹ Für die übrigen völkervertraglichen Bestimmungen bleiben in den Mitgliedstaaten hingegen grundsätzlich die „ordentlichen“ verfassungsrechtlichen Vorgaben anwendbar,⁷² so dass in den Mitgliedstaaten letztlich zwei Kategorien völkervertragsrechtlicher Bestimmungen anzuwenden sind:

- Die von der Union abgeschlossenen Verträge (abgesehen von den Besonderheiten in Bezug auf gemischte Verträge) sind als integrierende Bestandteile der in der Union geltenden Rechtsordnung nach den unionsrechtlichen Vorgaben im innerstaatlichen Bereich anzuwenden, wobei insbesondere der Vorrang vor nationalem Recht jeglicher Stufe, die unmittelbare Geltung und Wirkung sowie die gerichtliche Kontrolle von Bedeutung sind.
- Die sonstigen völkervertraglichen Bestimmungen sind nach den innerstaatlichen, in der Regel verfassungsrechtlichen Vorgaben anzuwenden. Diese können sich durchaus von den unionsrechtlichen Vorgaben ggf. wesentlich unterscheiden.

Diese „Dualität“ dürfte jedoch zu ggf. schwer lösbaren Problemen führen: Zunächst ist auf die Frage nach der Abgrenzung beider Kategorien völkervertragsrechtlicher Bestimmungen hinzuweisen: Diese ist zwar bei Verträgen, die nur von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden, einfach zu bewerkstelligen; bei gemischten Verträgen hingegen, die sowohl von der Union als auch von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden, kommt es – wie noch darzulegen sein wird – darauf an, ob der Union für die entsprechende vertragliche Bestimmung eine Kompetenz zukommt, eine mitunter sehr schwierig zu beantwortende Frage, die regelmäßig umstritten sein wird, ganz abgesehen davon, dass sich die Kompetenzen der EU im Laufe der Zeit in Anwendung der Grundsätze des Art. 216 Abs. 1 AEUV⁷³ auch erweitern können. Damit werden die Rechtswirkungen einer Reihe völkervertragsrechtlicher Bestimmungen in zahlreichen Mitgliedstaaten unklar sein, was der Rechtssicherheit in hohem Maße abträglich ist.

⁷¹ Vgl. zur Besonderheit der gemischten Verträge noch sogleich im Text.

⁷² So wohl auch EuGH, Rs. C-431/05 (Merck Genericos), Slg. 2007, I-7001.

⁷³ Zu diesen oben III.1.

Auch im Zusammenhang mit der Datenschutzkonvention sind diese Erwägungen von Bedeutung: Angesichts der Beschränkung der Unionskompetenzen auf Datenbearbeitungen, die im Geltungsbereich des Unionsrechts stattfinden (Art. 16 Abs. 2 AEUV) und der nicht immer klaren Beantwortung der Frage, ob dieser betroffen ist oder nicht, wird es nicht immer von vornherein ersichtlich sein, ob die Datenschutzkonvention als integraler Bestandteil des Unionsrechts Anwendung findet oder nicht. Aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts bzw. der Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten dürfte es zudem nicht sonderlich stimmig sein, wenn die Konvention in gewissen Konstellationen als integraler Bestandteil des Unionsrechts zu beachten ist, in anderen Konstellationen jedoch nicht.

bb) Insbesondere: zu den gemischten Abkommen

Gemischte Abkommen werfen schon deshalb besondere Probleme auf, weil sie (zumindest *a priori*) einerseits Bestimmungen, die in die Kompetenz der Union fallen, andererseits aber auch solche, die in derjenigen der Mitgliedstaaten liegen, enthalten, so dass sich die Frage stellt, ob denn der gesamte Vertrag als „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts anzusehen ist, mit allen Konsequenzen, die dies mit sich bringt,⁷⁴ oder ob dies nur für den Teil eines gemischten Abkommens gilt, der in der Kompetenz der EU liegt.

Zwar ist es aus völkerrechtlicher Sicht unbestritten, dass die Union (ebenso wie die Mitgliedstaaten) auch bei gemischten Abkommen grundsätzlich (es sei denn, es ergebe sich klar etwas anderes aus dem entsprechenden Vertrag) an den gesamten Vertrag gebunden ist, kann doch die (im Übrigen hoch komplexe) Kompetenzverteilung innerhalb der Union Drittstaaten nicht entgegengehalten werden.⁷⁵ Allerdings sagt das Völkerrecht nichts darüber aus, auf welche Weise die Einhaltung dieser (völkerrechtlichen) Verpflichtungen sichergestellt werden muss, so dass aus der völkerrechtlichen Verbindlichkeit aus unionsrechtlicher Sicht nicht zwingend die Einordnung des gesamten Vertrages als „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts folgt.

Die besseren Argumente sprechen denn auch für einen differenzierten Ansatz in dem Sinn, dass gemischte Abkommen nur insoweit integrierende Bestandteile des Unionsrechts sind, als es um Abkommensteile geht, die von den Außenkompetenzen der Union gedeckt sind:⁷⁶ Es dürfte nämlich den Grundsätzen der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten nicht Rechnung tragen, eine „unionsrechtliche“ Wirkung auch bei denjenigen Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge anzunehmen, die in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegen. Denn auf diese Weise führte der Abschluss gemischter völkerrechtlicher Verträge letztlich zu einer Art Modifikation der primärrechtlich

⁷⁴ Hierzu oben IV.1.a)aa).

⁷⁵ Vgl. etwa *Martin Björklund*, Responsibility in the EC for Mixed Agreements – Should Non-Member Parties care?, *Nordic Journal of International Law* 70 (2001), 373 ff. S. auch GA *Jacobs*, EuGH, Rs. C-316/91 (EP/Kommission), Slg. 1994, 625.

⁷⁶ Vgl. insoweit auch schon *Epiney*, EuZW 1999 (Fn. 63), 5 (7).

vorgesehenen Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten,⁷⁷ obliegt es doch den Mitgliedstaaten zu bestimmen, welche Wirkungen in ihrer Zuständigkeit liegende völkerrechtliche Verträge im innerstaatlichen Bereich entfalten. Damit haben die (nur) in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallenden vertraglichen Bestimmungen keinen Anteil an dem besonderen Charakter des Unionsrechts, so dass sich ihre Stellung und ihre Wirkungen im innerstaatlichen Raum nach den jeweils einschlägigen Grundsätzen des nationalen (Verfassungs-) Rechts richtet.

Allerdings begegnet der hier vertretene „differenzierte“ Ansatz insofern gewissen praktischen Schwierigkeiten, als nicht immer klar sein wird, welche Bestimmungen denn nun (noch) in die Kompetenz der Union fallen und bei welchen dies nicht (mehr) der Fall ist;⁷⁸ derartige „Praktikabilitätsabwägungen“ vermögen jedoch nicht die skizzierten grundsätzlichen Bedenken gegen die Qualifizierung aller Teile aller gemischten Verträge als integrierende Bestandteile des Unionsrechts zu entkräften. Gegen den hier vertretenen Ansatz kann im Übrigen jedenfalls nicht eingewandt werden, der EuGH bezeichne in der Regel gemischte Abkommen *in toto* und ohne nach den Kompetenzbereichen zu differenzieren als integrierende Bestandteile der Unionsrechtsordnung.⁷⁹ Denn einmal prüft der EuGH dann im Zusammenhang mit seiner Zuständigkeit zur Auslegung von Bestimmungen gemischter Abkommen, ob diese in die Kompetenz der Union fallen,⁸⁰ und zum anderen impliziert diese relativ allgemeine Aussage nicht zwingend auch eine Stellungnahme in Bezug auf die genauen Rechtswirkungen solcher gemischter Verträge. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auch in den Fällen einer beim Vertragsabschluss nur geteilten Kompetenz natürlich eine Unionskompetenz nach den dargelegten Grundsätzen⁸¹ anzunehmen ist, so dass nur diejenigen Bestimmungen gemischter Verträge als nicht in die Kompetenz der Union fallend angesehen werden können, für deren Vereinbarung der Union gar keine – also weder eine geteilte noch eine parallele – Kompetenz zukommt. Auch die jüngere Rechtsprechung spricht für den hier vertretenen Ansatz: So präzisierte der EuGH in der Rs. C-431/05⁸² anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung⁸³, dass im Falle von gemischten Abkommen – wie dem TRIPs-Übereinkommen – abkommensrechtliche Maßnahmen bzw. Bestimmungen nur insoweit dem Unionsrecht unterliegen, als es sich um Bereiche handelt, die in die (Außen-) Kompetenz der EU fallen. Vieles dürfte dafür sprechen, dass dies so zu verstehen ist, dass bei

⁷⁷ Vgl. ebenso etwa *Ott*, Gatt und WTO (Fn. 51), 1997, 212 ff.; *Hobe/Müller-Sartori*, JuS 2002 (Fn. 63), 8 (12).

⁷⁸ Vgl. *Dominik Thieme*, European Community External Relations in the Field of the Environment, EELR 2001, 252 (254).

⁷⁹ Vgl. etwa die Formulierung in EuGH, Rs. 181/73 (*Haegemann*), Slg. 1974, 449, Rn. 11/16. Kritisch zum *Haegemann*- und den Folgeurteilen *Philipp Gasparon*, The Transposition of the Principle of Member State Liability into the Context of External Relations, EJIL 1999, 605 (610).

⁸⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603.

⁸¹ Oben III.1., 2.

⁸² EuGH, Rs. C-431/05 (*Merck Generec*), Slg. 2007, I-7001

⁸³ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603; EuGH, verb. Rs. C-300/98, C-392/98 (*Dior*), Slg. 2000, I-11307.

gemischten Abkommen nur diejenigen Bestandteile der Abkommen als integrierende Bestandteile des Unionsrechts anzusehen sind, die in die Kompetenz der Union fallen und daher nur in Bezug auf diese die „Attribute“ des Unionsrechts – wie insbesondere Vorrang und Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit⁸⁴ – im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zum Zuge kommen.

cc) Implikationen für die Datenschutzkonvention

Die Reichweite der Unionskompetenz im Bereich des Datenschutzes ist auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV zu beurteilen. Danach ist die Union zum Erlass von Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten⁸⁵ durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, und über den freien Datenverkehr zuständig. Auf den ersten Blick erscheint auf diese Weise die Kompetenz der Union eingeschränkt, geht es doch einerseits (soweit Datenverarbeitungen durch mitgliedstaatliche Behörden betroffen sind) nur um Bereiche im Anwendungsbereich des Unionsrechts, andererseits nur um den freien Datenverkehr (also offenbar nicht um den Datenschutz als solchen).

Ein Blick auf den Zusammenhang dieser Bestimmung mit anderen primärrechtlichen Bestimmungen sowie die Rechtsprechung des EuGH zeigt jedoch, dass diese Voraussetzungen des Bestehens einer Kompetenz der Union im Ergebnis nichts daran ändert, dass der Union eine sehr weite Kompetenz zum Erlass datenschutzrechtlicher Vorgaben zukommt:

- Denn der Anwendungsbereich des Unionsrechts dürfte eher weit auszulegen sein, geht der Gerichtshof doch auch im Rahmen des Art. 18 AEUV – der vom Anwendungsbereich der Verträge spricht – von einem sehr weit gefassten Begriff des Anwendungsbereichs des Vertrages aus.⁸⁶ Es ist nicht zu erwarten, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 2 AEUV viel enger gefasst wird, so dass dieser immer schon dann eröffnet sein dürfte, wenn die betreffende Datenverarbeitung einen irgendwie gearteten Bezug zur Anwendung und Durchführung des Unionsrechts aufweist, so dass insofern auch eine Parallele zum – auf der Grundlage der Rechtsprechung – recht weitgehenden Anwendungsbereich der Grundrechte (vgl. Art. 51 Abs. 1 GrCh) hergestellt werden kann.⁸⁷ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Bestimmung des

⁸⁴ Hierzu schon oben IV.1.a)aa).

⁸⁵ Neben der Kompetenz, den Datenschutz im Rahmen der Tätigkeit der Union selbst zu regeln.

⁸⁶ Vgl. im Einzelnen hierzu, m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung, *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 18 AEUV, Rn. 15 ff.

⁸⁷ Hierzu die Nachweise in Fn. 40.

Anwendungsbereichs der RL 95/46 (die ebenfalls einen Bezug zum Anwendungsbereich des Unionsrechts enthält) festgehalten hat, der Anwendungsbereich des Unionsrechts sei grundsätzlich auch dann betroffen, wenn kein grenzüberschreitender Bezug vorliegt und wenn es um nicht wirtschaftliche Tätigkeiten (etwa solche religiöser und / oder ehrenamtlicher Natur) geht.⁸⁸ Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass gewisse Aspekte – etwa derjenige der nationalen Sicherheit – sicherlich nicht vom Anwendungsbereich des Vertrages erfasst werden.

- Sodann und vor allem ist davon auszugehen, dass der freie Datenverkehr auch die Regelung genuin datenschutzrechtlicher Aspekte erlaubt, stehen beide Aspekte doch in einer Wechselwirkung.⁸⁹

Im Ergebnis folgt aus diesen Ausführungen, dass der EU in materieller Hinsicht eine Kompetenz für die gesamte Datenschutzkonvention zukommt, wobei sich aber ihr Anwendungsbereich – als integrierender Bestandteil des Unionsrechts – nicht auf diejenigen Gebiete bezieht, die in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind (auch wenn dies nur wenige sind).

Fraglich könnte in diesem Zusammenhang noch sein, inwieweit der EU eine Pflicht zur Umsetzung der Datenschutzkonvention zukommt bzw. zukäme bzw. sie die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Kompetenzen zur Einhaltung der Konvention verpflichten müsste. Auf den ersten Blick könnte eine Pflicht der EU, Vorgaben gemischter Abkommen umzusetzen bzw. durchzuführen allgemein verneint werden: Denn falls die Union nicht tätig wird, bleiben ja die Mitgliedstaaten zuständig, so dass man argumentieren könnte, dass in diesen Fällen die Mitgliedstaaten eben die entsprechenden Maßnahmen zu treffen hätten, um den einschlägigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und für die Union letztlich kein Handlungsbedarf bestünde. Eine solche Argumentation greift jedoch zum Teil zu kurz: Zwar ist sie insofern sicherlich zutreffend, als es um (bislang) allein durch mitgliedstaatliches Recht geregelte Sachverhalte geht; hier ist tatsächlich nicht ersichtlich, warum der Union nicht nur eine Kompetenz, sondern auch eine Pflicht zum Erlass der jeweiligen Durchführungsmaßnahmen zukommen soll. Daher kann man hier den Schluss auf eine rein mitgliedstaatliche Verpflichtung, neben der für die Union kein Handlungsbedarf mehr besteht, sicherlich ziehen. Sobald aber die Union in einem bestimmten Bereich, der auch Aspekte betrifft, die durch den durchzuführenden völkerrechtlichen Vertrag geregelt werden, tätig geworden ist oder tätig wird, ist sie insoweit eben auch verpflichtet die Vorgaben der jeweiligen Konvention zu beachten und in den Rechtssetzungsakten zu berücksichtigen. Denn insoweit sind eben etwa die entsprechenden innerstaatlichen Sachverhalte – z.B.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971. Zu diesem Urteil in diesem Zusammenhang, m.w.N., *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 1), 98. S. ansonsten zum Anwendungsbereich der RL 95/46 EuGH, verb. Rs. C-465/00, C-138/01, C-139/01 (Österreichischer Rundfunk), Slg. 2003, I-4989 (in Bezug auf die Frage der Veröffentlichung der Gehälter gewisser Beschäftigter des Österreichischen Rundfunks, bei der die RL 95/46 zur Anwendung komme).

⁸⁹ S. insoweit auch schon die Hinweise in Fn. 26.

Datenverarbeitungen – durch unionsrechtliche Vorgaben determiniert, so dass diese zumindest grundsätzlich eben auch den Anforderungen der jeweiligen Konvention entsprechen müssen, bestünde doch ansonsten die Gefahr, dass eine unionsrechtskonforme Umsetzung der in den jeweiligen Rechtsakten enthaltenen Vorgaben mit einer Beachtung der sich aus den völkerrechtlichen Verträgen der Union ergebenden Verpflichtungen in Konflikt gerät. Zudem könnte man argumentieren, dass die Union jedenfalls immer dann zum Tätigwerden verpflichtet ist, wenn sie selbst in dem entsprechenden Gebiet gesetzgeberisch aktiv wird und den Mitgliedstaaten bestimmte Verpflichtungen auferlegt. Nur am Rande sei erwähnt, dass für eine Berücksichtigung der sich aus den völkerrechtlichen Verträgen ergebenden Verpflichtungen schon auf Unionsebene – jedenfalls im Falle des Tätigwerdens der Union – ebenfalls die Erwägung spricht, dass damit eine einheitlichere Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben sichergestellt werden kann. Schließlich und vor allem spricht für diese Sicht die Überlegung, dass immer dann, wenn die Union im Anwendungsbereich von durch die Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen tätig wird, sie auch in diesem Maß sicherstellen muss, dass die Vorgaben der Konventionen unionsweit beachtet werden, würden doch die völkerrechtlichen Verträge ansonsten an Effektivität einbüßen, so dass sich eine entsprechende Pflicht der Union letztlich aus der (auch unionsrechtlich begründeten) Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Verträge für die Union ableiten lässt.

Insgesamt sprechen also die besseren Argumente dafür, dass die Union im Falle ihres gesetzgeberischen Tätigwerdens im Anwendungsbereich von für sie verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen deren Vorgaben auch zu beachten hat. Der Anwendungsbereich einer Konvention dürfte dabei immer schon dann betroffen sein, wenn die Union auf dem jeweiligen Gebiet gesetzgeberisch tätig wird. Konkret kann dies auch die Modifikation bereits bestehender unionsrechtlicher Regelungen, die nicht den Anforderungen völkerrechtlicher Verträge entsprechen, implizieren. Daher wäre die Union als Vertragspartei m.E. verpflichtet, ihre datenschutzrechtlichen Regelungen, soweit nötig, den Vorgaben der Konvention anzupassen (was allerdings nicht zwingend den Erlass einer Verordnung implizierte).

b) Zur Durchführung der DSK

Allgemein und der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass sich die Zuständigkeit zum Erlass ggf. erforderlicher „Durchführungsmaßnahmen“ zu völkerrechtlichen Verträgen nach den einschlägigen Regeln über die Kompetenzverteilung im Binnenbereich bestimmt, darf doch durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge die Kompetenzverteilung innerhalb der Union nicht beeinträchtigt

werden.⁹⁰ Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages durch die EU entfaltet somit keine Implikationen für die interne Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten.⁹¹

2. Zur Rolle der EU und ihrer Mitgliedstaaten im *Comité conventionnel*

Wie bereits erwähnt,⁹² soll durch die revidierte Datenschutzkonvention ein aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetztes *Comité conventionnel* – das das *Comité consultatif* ablösen wird – eingesetzt werden. Diesem soll eine Reihe von Kompetenzen zukommen, die zwar in erster Linie beratender Natur sind, deren Tragweite jedoch nicht unterschätzt werden sollte. Falls die Union Vertragspartei wird, sieht Art. 20 Abs. 3 ein Abweichen vom Grundsatz, wonach jedem Vertragsstaat im *Comité conventionnel* eine Stimme zukommt, vor: In den Bereichen, die in ihrer Kompetenz liegen, übt die Union ihr Stimmrecht auch für die Mitgliedstaaten aus, wobei ihre Stimme soviel zählt wie die Summe der Mitgliedstaaten. Diese Bestimmung ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten auch Implikationen für die Verhandlungsführung in internationalen Gremien entfaltet.⁹³ Sie wirft allerdings zahlreiche Fragen auf, und ihre Tragweite ist nicht wirklich klar:

- Erstens fragt es sich, auf welcher Grundlage zu bestimmen ist, ob der betroffene Bereich in die Kompetenz der Union fällt oder nicht und ob die Mitgliedstaaten ihre Gesetzgebungshoheit auf die Union übertragen haben. Im Ergebnis dürfte Art. 20 Abs. 3 als Verweis auf das Unionsrecht zu verstehen sein, so dass diese Frage auf der Grundlage unionsrechtlicher Grundsätze zu beantworten ist. Ggf. könnte auch der EuGH mit ihr befasst werden.
- Zweitens geht aus Art. 20 Abs. 3 zumindest nicht klar hervor, ob in den Fällen, in denen keine Unionskompetenz betroffen ist, die Union neben den Mitgliedstaaten stimmberechtigt ist (allerdings dann selbstredend nur mit einer Stimme). Der Grundsatz, wonach jeder Vertragspartei eine Stimme zukommt, sowie der diesen Grundsatz betonende Art. 20 Abs. 3, S. 1, 2 des Entwurfs sprechen für die zuletzt genannte

⁹⁰ Vgl. etwa EuGH, Gutachten 1/76 (Stilllegungsfonds), Slg. 1977, 741, Rn. 10. Vgl. hierzu auch Klaus D. Stein, Der gemischte Vertrag im Recht der Außenbeziehungen der EWG, 1976, 174; Charles-Edouard Held, Les accords internationaux conclus par la Communauté économique européenne, 1977, 193; Joni Heliskoski, Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States, 2001, 101 ff.

⁹¹ Vgl. hierzu, m.w.N., Christian Walter, Internationalisierung des deutschen und europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Aarhus-Konvention, EuR 2005, 302 (311 f.).

⁹² Oben II.1.

⁹³ Vgl. im Einzelnen hierzu Astrid Epiney/Dominique Gross, Zu den verfahrensrechtlichen Implikationen der Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten im Bereich der Außenbeziehungen, NuR 2005, 353 (354 ff.). S. auch noch unten IV.3.

Alternative. Allerdings ist zu beachten, dass im Falle des Fehlens einer EU-Kompetenz diese aus unionsrechtlicher Sicht nicht befugt ist, Außenkompetenzen wahrzunehmen, ganz abgesehen davon, dass nicht einsichtig ist, warum der Union neben den Mitgliedstaaten im Falle fehlender Unionskompetenz noch eine Stimme zukommen soll. Vor diesem Hintergrund ist wohl davon auszugehen, dass entweder die Union oder die Mitgliedstaaten abstimmen.

- Drittens ist unklar, wie die Kompetenzen von Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich und mit Bezug zu den Kompetenzen des *Comité conventionnel* voneinander abgegrenzt werden können, soweit das materielle Datenschutzrecht betroffen ist. Denn nach dem Gesagten ist die Union materiell durchaus für die gesamte Datenschutzkonvention zuständig, umfasst Art. 16 Abs. 2 AEUV doch wohl das gesamte „Programm“ der Konvention. Allerdings ist die Kompetenz der Union insofern eingeschränkt, als gewisse Datenverarbeitungen in den Mitgliedstaaten nicht erfasst werden. Insofern ist die Union also in Bezug auf das materielle Recht teilweise zuständig, teilweise nicht zuständig, wobei die zu entscheidende materielle Frage (z.B. die Auslegung oder Weiterentwicklung des Grundsatzes der Zweckbindung) möglicherweise nicht aufgeteilt werden kann. In einer solchen Konstellation dürfte Vieles für die Zuständigkeit der Union sprechen, ist sie doch grundsätzlich für die materiellen Aspekte zuständig. Nicht zu verkennen ist aber, dass dieser Ansatz den Nachteil mit sich bringt, dass die Union auf diese Weise „indirekt“ auch auf Gebieten für die Mitgliedstaaten agieren und diese substituieren kann, die nicht in ihre Kompetenz fallen.
- Viertens und daran anschließend ist nicht bei allen Kompetenzen, die dem *Comité conventionnel* nach Art. 19 obliegen sollen, klar, ob Union oder Mitgliedstaaten zuständig sind. Neben den materiellen Fragen betreffenden Art. 19 lit. a, b, c, d fragt es sich insbesondere, wie die Zuständigkeitsverteilung in Bezug auf die Beurteilung des Datenschutzniveaus in den Vertragsstaaten, in Kandidatenstaaten oder in Internationalen Organisationen (vgl. Art. 19 lit. e, f, h des Entwurfs) ausgestaltet ist. Angesichts der nicht zwingenden Verbindung zu Datenverarbeitungen in der Union (vgl. Art. 16 Abs. 2 AEUV) dürfte im Ergebnis Vieles dagegen sprechen, dass es hier um eine Unionskompetenz geht.

Die Frage der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang ist insbesondere deshalb von großer Bedeutung, weil die EU im Falle der Bejahung ihrer Kompetenz als „Block“ mit 28 Stimmen votiert und damit andere Vertragsparteien „minorisiert“. Obwohl diese somit ein imminentes Interesse an der Beantwortung dieser Kompetenzfragen haben, sind diese nach dem Gesagten allein auf der Grundlage des Unionsrechts zu beantworten, das allein auch Rechtsschutzmöglichkeiten

bietet, allerdings nur für die Mitgliedstaaten. Drittstaaten hingegen können die Position der Union nicht in Frage stellen, sieht man von Verhandlungen ab.

3. Zu den aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Verfahrenspflichten

Unabhängig von der Regelung der Vertretung der EU in der revidierten Konvention impliziert der Abschluss eines Abkommens als gemischter Vertrag durch die EU und ihre Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV die Beachtung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit. Der EuGH hat aus dieser, an sich sehr allgemein formulierten Bestimmung eine Reihe relativ konkreter Rechtspflichten sowohl der EU als auch ihrer Mitgliedstaaten abgeleitet, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden können.⁹⁴ Herausgegriffen seien hier die Pflichten, die sich im Anschluss an den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens als gemischter Vertrag für die EU und ihre Mitgliedstaaten in Bezug auf das Verhalten in Vertragsorganen wie dem *Comité conventionnel* sowie allgemein im Zusammenhang mit der Verhandlung solcher völkerrechtlicher Abkommen ergeben, die im vorliegenden Zusammenhang besonders interessieren.⁹⁵

Ausgangspunkt ist dabei, dass es hier um Gebiete geht, die sowohl Kompetenzen der Union als auch solche der Mitgliedstaaten betreffen, wurde oder soll doch gerade ein gemischter Vertrag abgeschlossen (werden). Vor diesem Hintergrund impliziert Art. 4 Abs. 3 EUV ein Verhalten (auf beiden Seiten), das eine gegenseitige Rücksichtnahme und den Einbezug der Interessen der jeweils anderen ermöglicht.⁹⁶ Hieraus können folgende konkrete Rechtspflichten abgeleitet werden:

- Erstens ist ganz allgemein sicherzustellen, dass sowohl bei der Aushandlung und dem Abschluss eines (gemischten) Übereinkommens eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen erfolgt, dies immer, soweit der Gegenstand des Abkommens sowohl in die Zuständigkeit der Union als auch in diejenige der Mitgliedstaaten fällt.⁹⁷

⁹⁴ Vgl. besonders instruktiv hier die Ausführungen bei *Wolfgang Kahl*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 4 EUV, Rn. 54 ff.

⁹⁵ Zu der diesbezüglichen Tragweite des Art. 4 Abs. 3 schon *Epiney/Gross*, NuR 2005 (Fn. 93), 353 (354 ff.); *Epiney*, FS Ress (Fn. 60), 441 ff.; s. sodann z.B. *Mauro Gatti/Pietro Manzini*, External representation of the European Union in the conclusion of international agreements, CMLRev. 2012, 1703 ff.; *Andrés Delgado Castelreio/Joris Larik*, The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?, ELR 2011, 524 ff.; *Geert de Baere*, « O, Where is Faith ? O, Where is Loyalty ? » Some Thoughts on the Duty of Loyal Co-operation and the Union's External Environmental Competences in the Light of the *PFOS* Case, ELR 2011, 405 ff.

⁹⁶ S. insoweit auch, m.w.N., *Kahl*, EUV/AEUV (Fn. 94), Art. 4 EUV, Rn. 34 ff.

⁹⁷ EuGH, Gutachten 1/93 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 108; EuGH, Rs. C-266/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, I-4805; EuGH, Rs. C-45/07 (IMO), Slg. 2009, I-701; EuGH (Kommission/Schweden), Rs. C-246/07, Slg. 2010, I-3317. Der Gerichtshof spricht in diesem Zusammenhang auch von der „Notwendigkeit einer geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung“ der Union und bezieht sich dabei auf sein Gutachten 1/78 zum Naturkautschuk-Abkommen (EuGH,

- Daraus lassen sich umfassende Konsultations- und Informationspflichten von Union und Mitgliedstaaten ableiten, die in jedem Fall zum Zuge kommen. Auf ihrer Grundlage müssen sich EU und Mitgliedstaaten gegenseitig in geeigneter Weise und umfassend über die jeweiligen Absichten, Vorgehensweisen und sonstige für der Verhandlungen relevanten Umstände informieren und konsultieren.⁹⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht gilt dies auch in denjenigen Konstellationen, in denen die EU ihre Mitglieder wegen einer entsprechenden Regelung in dem betreffenden Abkommen substituiert. Im Rahmen der Datenschutzkonvention erscheint dieser Aspekt schon deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Kompetenzabgrenzung nicht durch den materiellen Regelungsbereich, sondern den Anwendungsbereich der Vorgaben der Konvention determiniert wird.
- Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte über eine bloße Informations- und Konsultationspflicht hinaus jedenfalls im Rahmen einer Konvention wie der Datenschutzkonvention (in deren Rahmen, wie dargelegt, die Kompetenzen der Union und diejenigen der Mitgliedstaaten eng verschränkt sind) auch eine materielle Berücksichtigungspflicht in dem Sinn bestehen, dass Union und Mitgliedstaaten bei der Vertretung ihrer Positionen wichtige Anliegen der Mitgliedstaaten bzw. der EU nicht außer Acht lassen, sondern in die Betrachtungen und Verhandlungspositionen einzubeziehen haben. M.a.W. besteht – jedenfalls soweit wichtige Interessen der EU bzw. der oder einiger Mitgliedstaaten betroffen sind – eine materielle Berücksichtigungspflicht, dürfen doch weder die EU noch die Mitgliedstaaten Positionen vertreten oder Verhaltensweisen pflegen, die klar wichtigen Interessen der jeweils anderen entgegenlaufen bzw. diese unterminieren. Allerdings verbleibt hier natürlich ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum (wobei jedenfalls ein ernsthaftes Bemühen verlangt werden kann), so dass eine Verletzung dieser Pflicht wohl nur im Ausnahmefall (etwa bei einer generellen „Obstruktion“ oder bei einer allgemeinen Ablehnung der Berücksichtigung der Interessen der jeweils anderen) anzunehmen sein dürfte.
- Daraus folgt dann auch, dass aus Art. 4 Abs. 3 EUV keine „Ergebnispflicht“ in dem Sinn abgeleitet werden kann, dass gewisse Positionen zwingend vom jeweils anderen zu berücksichtigen sind oder dass in jedem Fall eine Verständigung auf gemeinsame Positionen zu erfolgen hat, die dann zu vertreten sind.
- Schließlich – und diese Pflicht trifft nur die Mitgliedstaaten – darf das Unionsrecht bzw. seine effektive Wirkung nicht beeinträchtigt werden. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn ein tatsächlicher Verstoß gegen unionsrechtliche Normen vorliegt, sondern auch

Gutachten 1/78, Naturkatuschuk), Slg. 1979, 2871, Rn. 34 ff.). Die rechtliche Tragweite dieser Notwendigkeit oder dieses Grundsatzes einer geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung bleibt jedoch weitgehend unklar.

⁹⁸ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-25/96 (Kommission/Rat), Slg. 1996, I-1469, Rn. 48.

dann, wenn ihre Wirksamkeit oder die Möglichkeit der Union, ihre Kompetenzen wahrzunehmen, auf andere Weise relativiert wird, wobei die Trennlinien hier – ebenso wie im Binnenbereich – mitunter schwierig zu ziehen sind. Regelmäßig sind hier die konkreten Umstände des Einzelfalls entscheidend, wobei jeweils danach zu fragen ist, ob die Wirksamkeit entweder verbindlicher unionsrechtlicher Bestimmungen oder Verfahren durch mitgliedstaatliches Verhalten relativiert wird oder / und ob mitgliedstaatliches Verhalten die Verwirklichung unionsrechtlicher Zielsetzungen beeinträchtigt.

Das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-246/07⁹⁹ vermag die Relevanz dieser Grundsätze für mitgliedstaatliches Verhalten im Rahmen von Vertragsregimes gemischter Abkommen zu illustrieren. Ausgangspunkt war die Frage, ob Schweden dadurch, dass es die Aufnahme eines neuen Stoffs in Anlage A des Stockholmer Übereinkommens (ein gemischtes Abkommen über den Schutz von Mensch und Umwelt vor persistenten organischen Schadstoffen (POP, wobei sich die zu ergreifenden Maßnahmen aus den Anhängen ergeben, die in einem bestimmten Verfahren modifiziert werden können) beantragt hatte, gegen die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergebende Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten verstoßen hatte. Der Gerichtshof bejahte diese Frage: Art. 4 Abs. 3 EUV finde auch auf den Bereich der geteilten Zuständigkeiten Anwendung, und in diesem Fall sei eine enge Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Unionsorganen sowohl bei der Aushandlung und beim Abschluss des Abkommens als auch bei der Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen sicherzustellen, damit eine einheitliche völkerrechtliche Vertretung der Union sichergestellt werden könne. Sei bereits ein Beschluss ergangen, mit dem die Kommission ermächtigt wird, im Namen der Union ein Abkommen auszuhandeln, stelle dies den Beginn eines abgestimmten unionsrechtlichen Vorgehens auf internationaler Ebene dar, so dass diesfalls zumindest eine Pflicht zur engen Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten, wenn nicht gar eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten, anzunehmen sei, damit der Union die Erfüllung ihrer Aufgabe erleichtert wird und die Einheitlichkeit und Kohärenz des Unionshandelns und der völkerrechtlichen Vertretung der Union gewährleistet werden könne. Zwar habe zum Zeitpunkt der Unterbreitung des schwedischen Vorschlags kein entsprechender förmlicher Beschluss der Union bestanden; jedoch sei im Rat die Aufnahme zusätzlicher Stoffe in die Anlagen des Übereinkommens diskutiert worden, wozu jedoch der von Schweden vorgeschlagene Stoff nicht gehörte. Dieser habe erst in einem späteren Stadium, nach der Änderung der internen unionsrechtlichen Vorschriften, auf internationaler Ebene eingebracht werden sollen. Jedenfalls habe es zum fraglichen Zeitpunkt des schwedischen Vorschlags eine gemeinsame Strategie der Union gegeben, den betreffenden Stoff (vorerst) nicht zur Aufnahme in die Anlage des Stockholmer Übereinkommens vorzuschlagen. Durch die Unterbreitung eines entsprechenden, anderslautenden Vorschlags auf völkerrechtlicher Ebene sei Schweden daher von der im Rat abgestimmten gemeinsamen Strategie abgerückt. Darüber hinaus habe das Verhalten Schwedens auf internationaler Ebene Konsequenzen für die Union, da nach den einschlägigen Bestimmungen des Abkommens die Ausübung des Stimmrechts durch einen EU-Mitgliedstaat und die EU gleichzeitig ausgeschlossen sei. Weiter reiche jedenfalls die Zahl der auf die EU entfallenden Stimmen nicht aus, um den Erlass einer Änderung einer Anlage zum Stockholmer Übereinkommen abzuwenden, so dass auch Art. 193 AEUV (der es den Mitgliedstaaten im Bereich der Umweltpolitik ermöglicht, strengere Maßnahmen zu ergreifen) nicht greifen könne, da die EU an einen internationalen Beschluss, im Gegensatz zu einer nationalen Maßnahme, gebunden wäre.

Verallgemeinert man die Aussagen des Gerichtshofs, so sind die Mitgliedstaaten bei gemischten Verträgen immer dann zum Stillhalten verpflichtet, wenn in Bezug auf die entsprechende Frage bereits eine „Unionsstrategie“ besteht, die sich nicht zwingend in einem förmlichen Beschluss niedergeschlagen haben muss. Aufgeworfen wird damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche gemeinsame Strategie zu bejahen ist; der EuGH dürfte hier jedenfalls keine allzu hohen Anforderungen stellen, wobei hier aber kaum alle Abgrenzungsfragen geklärt sein dürften. Im Übrigen dürfte es den Mitgliedstaaten auch ganz allgemein verwehrt sein, Initiativen im Rahmen der Durchführung völkerrechtlicher Übereinkünfte zu ergreifen, wenn deren Annahme zu einer völkerrechtlichen Bindung der Union führte oder sonstige Konsequenzen für diese entfaltete. Da Bestimmungen über den Ausschluss der gleichzeitigen Ausübung des Stimmrechts durch die Union und einen ihrer Mitgliedstaaten in internationalen Übereinkünften bei gemischten Verträgen üblich sind, bestehen auch aus diesem Grund

⁹⁹

EuGH (Kommission/Schweden), Rs. C-246/07, Slg. 2010, I-3317.

weitgehende Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten. Im Ergebnis und in der Praxis dürften diese Grundsätze die Konsequenz nach sich ziehen, dass die Mitgliedstaaten auch in Bereichen geteilter Kompetenzen auf völkerrechtlicher Ebene jedenfalls dann kaum mehr eigenständig handeln dürfen, wenn die betreffende Frage durch einen völkerrechtlichen Vertrag geregelt ist.

Die Kernaussagen des Urteils lassen sich auf die Datenschutzkonvention übertragen und dürften den engen Spielraum, der den Mitgliedstaaten auch im Falle gemischter Abkommen verbleibt, illustrieren.

V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Insgesamt zeigt auch der Bereich des Datenschutzes, dass im Recht der Außenbeziehungen der EU die sich stellenden Rechtsfragen nicht nur komplex und nicht vollumfänglich geklärt sind, sondern auch, dass ihre Anwendung auf konkrete Fallkonstellationen mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist (wobei der eine Aspekt mit dem anderen selbstredend zusammenhängt). Zudem dürfte die EU auch in diesem Gebiet – wie der Entwurf der Revision der Datenschutzkonvention zeigt – dazu neigen, die Außenbeziehungen möglichst „zentral“ wahrnehmen zu wollen, was mitunter beachtliche Implikationen für Drittstaaten entfaltet. Die sich stellenden Fragen sind dabei in erster Linie auf folgenden Ebenen anzusiedeln:

- Erstens ist die Reichweite der ausschließlichen Kompetenzen der Union schwierig zu ermitteln: Denn Art. 3 Abs. 2 AEUV dürfte hier aus dogmatischer Sicht unterschiedliche Konstellationen „vermischen“, nämlich einerseits diejenige einer von vornherein alleinigen Zuständigkeit der Union und die ausschließliche Kompetenz „aus der Natur der Sache“ mit derjenigen, dass eine Wahrnehmung der Außenkompetenzen durch die Mitgliedstaaten das EU-Recht beeinträchtigen könnte; bei letzterer Konstellation geht es an sich um Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁰⁰
- Zweitens und damit in engem Zusammenhang stehend dürfte – und dieser Aspekt könnte auch einen Teil der diesbezüglichen Unklarheiten erklären – auch der Begriff der ausschließlichen Kompetenz nicht immer einheitlich verwendet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht bezeichnet er die Konstellation, in der von vornherein nur die Union – unter Ausschluss der Mitgliedstaaten, die damit auch dann nicht tätig werden dürfen, wenn die Union selbst untätig bleibt – völkerrechtliche Abkommen abschließen kann, wobei diese Ausschließlichkeit (im Anschluss an Art. 3 Abs. 2 AEUV) auch im Zuge der Entwicklung des EU-Rechts eintreten kann. Wenn keine ausschließliche Kompetenz anzunehmen ist, können auch die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien des

¹⁰⁰ Ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV hat aber an sich keine Folgen für das Bestehen mitgliedstaatlicher Kompetenzen, sondern betrifft nur (aber immerhin) die Zulässigkeit ihrer Wahrnehmung in einer bestimmten Weise. Im Übrigen geht es bei der Verletzung des Beeinträchtigungsgebots regelmäßig um die Frage der Beeinträchtigung bestimmter unionsrechtlicher Bestimmungen durch einen bestimmten Vertrag. Ist diese Frage zu bejahen, darf eben dieser Vertrag durch die Mitgliedstaaten nicht abgeschlossen werden; nicht abgeschlossen ist damit aber, dass ein anderer Vertrag auf demselben Gebiet das Beeinträchtigungsverbot nicht verletzt und daher von den Mitgliedstaaten abgeschlossen werden könnte. Vgl. diese Erwägungen bereits bei *Epiney*, FS Ress (Fn. 60), 441 (452 f.).

Abkommens auftreten sowie unabhängig von der Union auch selbst völkerrechtliche Abkommen abschließen.

- Drittens und spezifisch für den Bereich des Datenschutzes ist zu bemerken, dass das Abstellen auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts für die Reichweite der EU-Innen- und damit auch Außenkompetenzen nicht zur Klarheit beiträgt.
- Viertens schließlich ist das Vorliegen einer Beeinträchtigung des EU-Rechts ebenfalls häufig unklar und letztlich abhängig von einer Einzelfallprüfung.

Soweit spezifisch der Datenschutz betroffen ist, ist immerhin festzuhalten, dass aufgrund der Unterschiede in der Ausgestaltung der Datenschutzkonvention einerseits und den EU-Instrumenten andererseits sowie der inhaltlichen Kongruenz im Ergebnis keine wirklichen materiellen Divergenzen zu erwarten sind, womit die angesprochenen Probleme etwas relativiert werden. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass – auf der Grundlage des Entwurfs der revidierten Datenschutzkonvention – gewisse institutionelle Komplikationen zu erwarten sind.